Die Form der Erbschaftsannahme
nach heutigem bürgerlichen Recht

Inaugural-Dissertation

welche nebst beigefügten Thesen

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

mit Genehmigung der hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau

am Sonnabend, den 18. Juni 1904,

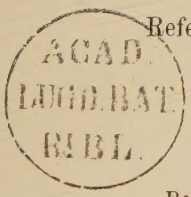
Mittags $12^1/_2$ Uhr

in der Aula Leopoldina der Königlichen Universität

gegen die Herren Opponenten:

Referendar **Max Lichtenstein** aus Breslau

Referendar Dr. **Ismar Littmann** aus Breslau



öffentlich verteidigen wird

Arthur Loewy

Referendar beim Kgl. Landgericht in Liegnitz

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1904

Eine erweiterte Umarbeitung dieser Schrift wird demnächst als Beitrag in den Leonhard'schen „Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts" erscheinen.

Meiner lieben Mutter

Inhalts-Verzeichnis

I. Die Erbschaftsannahme als „formloses“ Rechtsgeschäft . Seite 1— 4

II. Die Willenserklärung im Tatbestande der Erbschaftsannahme „ 4—16

III. Die Erbschaftsannahme als positives Tun . . . . . „ 17—28

IV. Die Nichtempfangsbedürftigkeit der Erbschaftsannahme . . „ 28—42

V. Die ausdrückliche Erbschaftsannahme . . . . . „ 43—54

VI. Die stillschweigende Erbschaftsannahme . . . . . „ 54—68

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0128

I

Die Erbschaftsannahme als „formloses" Rechtsgeschäft

Das BGB. steht auf dem Standpunkt der Formfreiheit der Rechtsgeschäfte, d. h. es überlässt es dem Ermessen der Parteien, für einen kundzugebenden Geschäftsinhalt diejenige Form zu wählen, welche ihnen unter den obwaltenden Umständen als der zweckmässigste Ausdruck ihres Willens erscheint.

Dadurch wird keineswegs ausgeschlossen, dass das Gesetz hie und da für die Äusserung des Parteiwillens bestimmte Formerfordernisse, und zwar, wie dies in § 125 BGB. angeordnet wird, sogar mit dem Gebote aufstellt, dass ein Verstoss gegen dieselben Nichtigkeit zur Folge hat. Solcherlei Abweichungen des BGB. von seinem leitenden Grundsatz sind z. B. die obligatorische Schriftlichkeit der Errichtung des Rechtsgeschäfts (§§ 126, 127) die gerichtliche oder notarielle Beurkundung (§ 128), die öffentliche Beglaubigung (§ 129) u. s. w.

Wie durch Gesetz, so kann auch durch Parteivereinbarung gemäss § 125 S. 2 im Zweifel mit der gleichen Wirkung bei Nichtbeachtung eine bestimmte Form festgesetzt werden.

Trifft weder das eine noch das andere zu, so spricht man von einem „formlosen" Rechtsgeschäft.

Dieser Ausdruck darf aber nicht zu dem Missverständnis verleiten, als ob jede Äusserungsweise des rechtsgeschäftlichen Willens, welche die Partei beliebt, die von ihr erstrebten Rechtswirkungen hervorzubringen geeignet wäre. Freiheit ist nicht gleich Willkür, eine absolute Formfreiheit im Rahmen einer Rechtsordnung ist ein Widerspruch in sich selbst und kann es deshalb nicht geben. Wo weder das Gesetz noch die Parteiabrede eine Form festgesetzt hat, da zieht der Zweck des einzelnen Aktes selbst und das

Verkehrsbedürfnis die Schranken, welche die Partei innehalten muss, wenn ihr Handeln als der ernstliche Ausdruck eines Geschäftswillens gelten und rechtlich beachtet werden soll.

Zu diesen formlosen Rechtsgeschäften des BGB. gehört auch die Erbschaftsannahme.

Dies ergibt sich aus dem Schweigen des Gesetzes bezüglich irgend welcher erforderlichen Formen; denn die Bestimmung des § 1947, dass die Annahme nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen dürfe, und des § 1950 über die Unzulässigkeit der Hinzufügung einer Teilbeschränkung betrifft lediglich den materiellen Inhalt der Erbschaftsannahme. Ferner verlangt § 1945 ausdrücklich nur für die Ausschlagung öffentlich beglaubigte Form und Erklärung gegenüber dem Nachlassgerichte.

Als einseitiges Rechtsgeschäft wäre die Erbschaftsannahme an sich jeglichem Formzwang der ihr durch einen anderen, als den Willen des Gesetzes auferlegt würde, von vornherein entzogen; es darf jedoch nicht übersehen werden, dass durch letztwillige Verfügungen des Erblassers dem berufenen Erben die Beobachtung einer bestimmten Form bei Abgabe der Erklärung zur Pflicht gemacht werden kann. Dieser Fall wird heute jedoch kaum praktisch werden, da der Erblasser kein Interesse haben dürfte, seinen Erben auf diese Weise unnötig zu beschränken.

Im römischen Recht war eine solche Formbestimmung, cretio genannt, sogar sehr häufig. Der Erblasser bestimmte dabei dem Erben im Testament eine Deliberationsfrist und verpflichtete ihn durch die Worte „nisi creveris exheres esto“ zur Annahme der Erbschaft binnen dieser Frist (cretio) in feierlicher Form.

Die dem älteren römischen Recht angehörige cretio war später, als man dem Formalismus ohnehin abgeneigt war, wenig beliebt und kam immermehr ausser Gebrauch. In der christlichen Kaiserzeit wurden ihre letzten Reste beseitigt: „Cretionum scrupulosam sollennitatem hac lege penitus amputari decernimus“. l. 17 C. VI, 30.

Dass andererseits sich das Gesetz einer Formalisierung des Rechtsgeschäfts der Erbschaftsannahme enthält, kann in dem Wesen derselben schwerlich seine Begründung finden. Schwankt doch das Wesen der Erbschaftsannahme je nach den erblichen Grundzügen eines Rechtssystems. Charakteristisch hierfür ist das

römische Recht, welches die Erbschaftsannahme als Acquisitionserklärung einer nur deferierten Erbschaft und als Verzicht auf das jus abstinendi einer bereits erworbenen Erbschaft nebeneinander aufweist, je nachdem es sich um heredes extranei oder Haussöhne handelt, welche als Erben berufen sind[1]). Sicher ist, dass das Bedürfnis nach Formalisierung bei der Erbschaftsannahme des BGB. wie bei der Immixtion der sui heredes um deswillen gering ist, weil die Erklärung in beiden Fällen nur einen bereits geschehenen Erbschaftsanfall bestätigt, die Tragweite ihrer Wirkungen also jedenfalls erheblich derjenigen nachsteht, welche bei einer zugleich den Erwerb der Erbschaft und damit erst die confusio bonorum herbeiführenden Annahme zu konstatieren ist. Aber auch die aditio hereditatis der Römer, die Erbschaftsannahme der heredes extranei, welcher diese gesteigerte Bedeutung zukam, war formlos.

Eine Ausnahmestellung unter den römischen Annahmeformen nahm die Agnition der bonorum possessio ein. Sie war prätorischen Ursprungs und stellte sich dar als ein von der Partei an den Prätor gerichtetes Ersuchen um Ermächtigung zur Besitzergreifung an einer Erbschaft, die ihr honorarrechtlich deferiert war.

Anfänglich wurde die bonorum possessio nur pro tribunali erteilt, wobei auf das förmliche petere bezw. postulare in solenner Weise das dare des Prätors erfolgte. Später schwächte sich das petere zu einem blossen agnoscere bonorum possessionem ab, auch konnte der Prätor wenigstens bei edictaler bonorum possessio de plano angegangen werden[2]).

Einen gewissen Abschluss in dieser Entwicklung bedeutete die l. 9 C. qui adm. ad. b. p. 6,9: Das Ersuchen um Einweisung ward zur blossen Erklärung, die Erbschaft haben zu wollen, ja diese konnte schon vor Beginn der Agnitionsfrist also vor der Delation abgegeben werden. Galt früher der Erwerb der prätorischen Erbschaft als ein prätorisches beneficium, so war die Agnition

---

[1]) S. § 2 und § 7 J. de hered. qual. et diff. II, 19.

[2]) Bezüglich der bon. poss. decretalis blieb es dagegen beim alten: Si causa cognita bonorum possessio detur non alibi dabitur quam pro tribunali quia neque decretum de plano interponi neque causa cognita bonorum possessio alibi quam pro tribunali dari potest. l. 3 § 8 D de bon. poss. 37,1.

nunmehr eine wirkliche „Annahme“ geworden, der Rechtsgrund des Erbschaftserwerbs war allein der hierauf gerichtete und erklärte Wille des Delaten. Das Erfordernis der Empfangsbedürftigkeit gegenüber der Obrigkeit blieb jedoch nach wie vor bei Bestand.

Doch kehren wir zur Erbschaftsannahme des BGB. zurück. Alles, was wir über ihre Form dem Gesetze selbst entnehmen können, müsste in dem § 1943 enthalten sein, der folgendes besagt:

> Der Erbe kann die Erbschaft nicht mehr ausschlagen, wenn er sie angenommen hat, oder wenn die für die Ausschlagung vorgeschriebene Frist verstrichen ist. Mit dem Ablauf der Frist gilt die Erbschaft als angenommen.

Das ist in der Tat soviel wie nichts. Es bleibt uns daher nur übrig, auf allgemeinen Rechtsgedanken fussend, die Normen aufzusuchen, welchen die Erbschaftsannahme bezüglich ihrer äusseren Beschaffenheit zu unterstellen ist.

II

Die Willenserklärung im Tatbestande der Erbschaftsannahme

Als erstes Erfordernis in dieser Richtung heben wir hervor: Die Erbschaftsannahme bedarf einer Willensäusserung.

Ob diese Willensäusserung zugleich Willenserklärung ist, lassen wir vorläufig dahingestellt; für uns kommt es zunächst nur darauf an, dasjenige körperliche Element im Tatbestande der Erbschaftsannahme nachzuweisen, ohne welches wir von einer Form dieses Rechtsgeschäfts nicht sprechen könnten. Solange nämlich der Wille, eine Erbschaft anzunehmen sich noch im Bereich des rein seelischen Geschehens befindet, also noch nicht in einer Äusserung rechtliche Realität erlangt hat, gibt es weder ein Rechtsgeschäft der Erbschaftsannahme, noch eine Form dieses Rechtsgeschäfts. Darauf deutet das Wort „Annehmen“ in seiner zweiten Hälfte hin. Die Äusserung, welche wir fordern, darf auch nicht bloss ein zufälliges Hervortreten des Annahmewillens sein, sondern muss den Charakter des Beabsichtigten tragen. Denn nur dann kann das äussere Erscheinungsbild der Erbschaftsannahme unser Interesse erregen, wenn es uns als der eigenartige Ausdruck eines auf bestimmte Rechtsfolgen gerichteten Willens gilt.

Die Frage nach der Form der Erbschaftsannahme kann demnach überhaupt erst aufgeworfen werden, wenn die Notwendigkeit eines sinnlich wahrnehmbaren, den Annahmewillen des Erben zum Ausdruck bringenden äusseren Verhaltens in ihrem Tatbestande bejaht ist.

Das Erfordernis einer Willensäusserung leitet sich bereits aus dem Umstande her, dass die Erbschaftsannahme, wenigstens soweit sie nicht einfache Fristversäumnis ist, zu den Rechtsgeschäften zählt. Im Rechtsgeschäft ist es der auf bestimmte, vom objektivem Recht normierte Folgen gerichtete Wille einer Privatperson, welcher Rechtsbeziehungen begründet, aufhebt oder verändert. Dieser Wille kann schwerlich mit dem psychologischen Willen identisch sein. Als solcher würde er ausschliesslich dem Innenleben des Menscheu angehören, wäre also der eigentlichen Domäne des Rechts, welches äussere Verhältnisse der Menschen regelt, entzogen. Der Wille, welcher berufen ist, als treibende Kraft im Rechtsverkehr zu fungieren, muss alles Unfertige, alle Unzuverlässigkeit des psychologischen Willens von sich abgestreift, muss greifbare Gestalt gewonnen haben, kurzum, er muss geäussert sein. Der rechtsgeschäftliche Wille ist der geäusserte Wille, die Äusserung ist seine Wesensform, „sie ist ein Entstehungsmoment des rechtlich erheblichen Wollens[1])“. Falsch wäre es deshalb die Äusserung nur zu dem Zwecke zu verlangen, um die Existenz eines Rechtsfolgewillens festzustellen. Dies könnte auch auf andere Weise, z. B. durch Eideszuschiebung oder Geständnis geschehen, wofern man dem ungeäusserten Willen rechtliche Relevanz zugestehen wollte, die ihm wenigstens grundsätzlich nicht zukommt. Wenn Manigk[2]) der Meinung ist, dass jedem Menschen aus der Selbstbesinnung bewusst sei, wann er sich entschlossen habe und wann er sich noch im Stadium des Schwankens und Erwägens befinde, so mag das sein, wenn er aber, worauf es doch eigentlich ankommt, damit sagen will, dass dem Willen in der Steigerung zum Entschluss irgend eine Art von Unwandelbarkeit innewohne, so ist das höchstens ein persönliches Bekenntnis, dessen Gemein-

---

[1]) Regelsberger, Pandekten I, S. 493.

[2]) Manigk, das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, S. 101.

giltigkeit jedoch abgelehnt werden muss. Der Entschluss bedeutet immer nur ein momentanes Überwiegen der zum Erfolg hinstrebenden über die davon wegstrebenden Motive, ein Stärkeverhältnis, das sich, bevor nicht die Innervation erfolgt, beliebig oft verschieben kann. Die unausgesprochene Absicht ist nicht die Absicht im Rechtssinne. Wir übersehen dabei nicht, dass eine Absicht ausser durch die Sprache auch noch durch andere Erklärungsmittel kundgegeben werden kann. Aber es mag doch hier auf den Sprachgebrauch hingewiesen werden, der dem Unausgesprochenen den Beigeschmack des Undeutlichen, Unfertigen verleiht. Beizustimmen ist der Meinung Kohlers[1]), „Wille und Erklärung seien nur die zwei Seiten, gleichsam die zwei Pole eines und desselben Phänomens, die zwei untrennbar verschlungenen Qualitäten einer und derselben Erscheinung".

Verfehlt ist auch die Manigk'sche Berufung auf § 139 RStGB., welcher die Nichtanzeige des Vorhabens eines Verbrechens unter Strafe stellt, zum Beweise dafür, dass das Recht prinzipiell schon die innere Absicht als wahr und rechtlich erheblich anerkennt. Denn erstens ist es, worauf Zitelmann[2]) hingewiesen hat, dem positiven Recht selbstverständlich jederzeit unbenommen, wenn es sich über den Zweckmässigkeitsgrund hinweggesetzt, der in Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs die Zulassung des Eides zur Feststellung des rechtsgeschäftlichen Willens als unangebracht erscheinen lässt, auch an ein blosses Vorhaben Rechtsfolgen anzuknüpfen, und zweitens kann § 139 für unsere Frage überhaupt nichts beweisen. Es heisst dort: „Wer von dem Vorhaben eines Hochverrats u. s. w. . . . glaubhafte Kenntniss erlangt hat" . . . weshalb sollte wohl eine solche Norm, wie Manigk behauptet, unmöglich sein, wenn die blosse Absicht — an ihrer psychologischen Bedeutung wird auch von uns nicht gezweifelt — ein Nichts wäre. Wird doch nicht bestraft, wer das Verbrechen „vorhat", sondern nur der, welcher es unterlässt, obwohl er von dem Vorhaben Kenntnis hat, Anzeige zu erstatten. Und auch von diesem wird man nicht voraussetzen dürfen, dass er sich seine Kenntnis dadurch verschafft hat, dass er in die Seele des anderen hineinblickte, sondern man wird seine Kenntnis nur dann für

[1]) In Iherings Jahrb. Bd. 16, S. 93.

[2]) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 247.

„glaubhaft“ erachten, wenn er in Form von Äusserungen der verbrecherichen Absicht tatsächliche Unterlagen für seine Behauptungen beizubringen weiss.

Manigk kommt in Verfolg seines Grundsatzes von der Erheblichkeit des ungeäusserten Willens zu dem Resultat, dass im Rechtsgeschäftsbegriff der blosse Erfolgswille den wesentlichen Kern bilde, während eine Äusserung desselben nur da erforderlich sei, wo ausser der Sphäre des Handelnden noch ein fremder Rechtskreis berührt werde. Er exemplifiziert dabei hauptsächlich an „einsamen Akten[1])“ wie Okkupation und Dereliktion, für welche bereits Zitelmann[2]) eine gesonderte Behandlung im Sinne ihrer möglichen Wirksamkeit auch ohne Willensäusserung ins Auge gefasst hatte, nimmt aber zur Erbschaftsannahme selbst keine Stellung. Nichtsdestoweniger kann es kaum zweifelhaft sein, dass die Notwendigkeit einer Willensäusserung im Tatbestande der Erbschaftsannahme vom Manigk'schen Standpunkte aus beweisbedürftig wird. Manigk[3]) selbst scheint sie nicht unbedingt zu fordern, wenigstens geht dies daraus hervor, dass er bei Aufzählung derjenigen einseitigen Rechtsgeschäfte, die ausser der Sphäre des Handelnden noch eine andere berühren „wie z. B. Auslobung, Testament, Kreation eines Inhaberpapieres, Stiftungsakt, Kündigung“ die Erbschaftsannahme unerwähnt lässt. Dass die Erbschaftsannahme der Okkupation in der angedeuteten Weise verwandt ist, bezeugt auch Hellmann[4]), der gerade unter dem Gesichtspunkt derjenigen „Rechtsgeschäfte, durch welche der Handelnde lediglich auf seinen eigenen Rechtskreis einwirke“, Okkupation und Erbschaftsannahme neben einander nennt. Und es ist auch nicht zu verkennen, dass die Erbschaftsannahme, wenn wir einmal von allen Beteiligten, wie Vermächtnisnehmern, Testamentsvollstreckern, Nachlassgläubigern etc. absehen, die ja in manchen Fällen gar nicht vorhanden sein werden, ein ebenso einsamer Akt ist, wie die Okkupation. Damit sind wir nun schon dicht vor den Zweifel gestellt, ob nicht auch lediglich der Entschluss, die Erbschaft anzunehmen,

---

[1]) Leonhard, Allg. Teil des BGB. S. 256.
[2]) Zitelmann, l. c. S. 247.
[3]) a. a. O. S. 24.
[4]) Hellmann, in Iherings Jahrb., S. 447.

genügen könnte, um den Verlust des Ausschlagungsrechts, die gesetzlich normierte Folge dieses Rechtsgeschäfts, herbeizuführen. Vor der Bedenklichkeit der Verwertung solcher innerer Tatsachen im Rechtsverkehr schreckt Manigk[1]), wie wir wissen, nicht zurück, ebensowenig vor der Unsicherheit des Beweises. Wie der Eigenbesitzwille, so müsste auch dieser Entschluss durch Eideszuschiebung eventuell seine Feststellung finden. Würde z. B. nach Ausschlagung der Erbschaft ein bisher unbekannt gebliebener Gläubiger, dem an der Erbschaftsannahme durch den Ausschlagenden gelegen ist, mit der Behauptung hervortreten, der Erbe hätte nicht mehr das Recht zur Ausschlagung, da er die Erbschaft bereits angenommen habe, so wäre noch gar nicht vorauszusehen, weshalb er damit nicht Glück haben sollte, denn unmöglich ist es ja nicht, dass der Erbe, bevor er die Erbschaft ausschlug, einmal schon entschlossen war sie anzunehmen, was er unter Eideszwang wohl auch zugeben würde.

Eine besondere Bedeutung gewinnt die Frage nach der Erheblichkeit des ungeäusserten Willens bei der Erbschaftsannahme deshalb, weil, wie wir späterhin sehen werden, der Versäumung der Ausschlagungsfrist von einzelnen Schriftstellern rechtsgeschäftlicher Charakter zugesprochen wird, indem sie der Meinung sind, dass nur das absichtliche Unterlassen der Ausschlagung die im Gesetz an ihr Unterbleiben innerhalb der Ausschlagungsfrist geknüpfte Wirkung nach sich ziehe, mithin nur der auf einen — sonst in keinerlei Weise kundgegebenen — Annahmewillen zurückführbare Fristablauf die gesetzliche Folge des § 1943 Satz 2 BGB. habe. Es muss jedoch als ausgeschlossen gelten, dass jemals aus der nackten Tatsache des Fristablaufs, wenn auch bei Berücksichtigung des Umstandes, dass das BGB.[2]) die Kenntnis vom Anfall und Berufungsgrunde als Voraussetzung des Fristbeginns normiert hat, ohne sonstige Anhaltspunkte mit nur einiger Sicherheit jemals ein Annahmewille erschlossen werden könnte. Ein solcher Schluss wäre nicht nur logisch, sondern auch empirisch in der Regel völlig unzuverlässig.

Sind wir somit gezwungen, das Faktum des Ablaufs der Frist als Erkenntnismoment eines Annahmewillens abzulehnen, so

[1]) S. 60 a. a. O.
[2]) § 1944 Abs. 2.

fehlt es überhaupt hierbei an einer Äusserung des Willens, der von den Vertretern der entgegengesetzten Ansicht unberechtigterweise diesem Faktum zu Grunde gelegt wird. Wir begegnen hier also in der Tat einer Art der Erbschaftsannahme, bei welcher einem ungeäusserten Rechtsfolgewillen erfolgsbewirkende Kraft beigelegt wird.

Gerade das Beispiel der Erbschaftsannahme, die man sich sowohl als eigensphäriges Rechtsgeschäft wie auch als ein solches, durch das fremde Rechtssphären berührt werden, denken kann, nämlich, wenn dem Erklärenden im einzelnen Fall Nachlassbeteiligte gegenüberstehen, zeigt am besten, wie wenig durchgreifend das Unterscheidungsmerkmal ist, nach welchem eine Willenserklärung nur da erforderlich sein soll, wo die Wirkungen des Rechtsgeschäfts sich nicht bloss auf den Rechtskreis des Handelnden beschränken. Dass hiermit kein sicheres Fundament gegeben ist, wird auch daraus ersichtlich, dass Hellmann[1]) aus genau denselben Erwägungen die ganz anders geartete Unterscheidung prägt, wonach eine Willens-„Erklärung“ zwar auch nur da erforderlich sei, wo durch das Rechtsgeschäft auf die Rechtslage eines anderen eingewirkt werde, andernfalls aber nicht der Erfolgswille für sich genüge, sondern wenigstens eine Willens-„Äusserung“ notwendig sei.

Auch vom Standpunkt des Sprachgefühls die Beschränkung des Ausdrucks Willenserklärung auf die empfangsbedürftigen Erklärungen — denn nichts anderes sind die Willenserklärungen Hellmanns[2]) und Manigks — zu fordern, liegt kein zwingender Grund vor. Allerdings hat Hellmann[3]) recht, wenn er sagt, der Begriff des Klarmachens setze einen Menschen voraus, an den sich der Klarmachende mit seiner Tätigkeit des Klarmachens wende, jedoch trifft dies eben auch für diejenigen Erklärungen zu, welche nicht zur sofortigen Wahrnehmung bezw. zur Wahrnehmung durch einen bereits durch den Inhalt des Rechtsgeschäfts gegebenen Dritten bestimmt sind. Ist auch das Widerstreben derjenigen, welche die Gleichung aufstellen, Erklären gleich „jemandem“ etwas klar machen, begreiflich, das Wort

[1]) a. a. O. S. 413 ff.
[2]) Isay, die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts S. 49.
[3]) a. a. O. S. 418.

Erklärung da zu verwenden, wo ein solcher Empfänger nicht von vornherein bestimmt ist, so ist es doch deswegen ungerechtfertigt, weil diese Auslegung des Wortes eben nicht die einzig mögliche ist. Einen Willen erklären, heisst doch zunächst nichts weiter als einen Willen „klar machen“, und es ist gar nicht richtig, dass wir mit der Aufgabe des bemängelten Dativs zugleich den Sinn des Ausdrucks aufgeben oder auch nur gefährden. Das Wort „erklären“ enthält zunächst gar nicht die Zweckbestimmung, einem anderen über einen Willen Aufklärung zu verschaffen, sondern es bedeutet schlechthin, den Willen zur Klarheit bringen, d. h. ihn aus dem Dunkel des seelischen Innenlebens ans Tageslicht ziehen, ihn gleichsam der Aussenwelt preisgeben, sozwar, dass jeder, der sich auf ihn berufen will, dies zu tun vermag. Das Eigentümliche des erklärenden Verhaltens liegt weniger darin, dass der Handelnde seine Erklärung in eine Beziehung zu Dritten zu bringen sucht, als zu sich selbst: er trennt sich mittels der Erklärung gleichsam von seinem Willen und macht ihn für sich selbst zu einer feststehenden Tatsache. Eine Beziehung zu Dritten tritt erst dadurch ein, dass der Erklärende, nachdem er seinen Entschluss in dieser Weise äusserlich bekundet und bekräftigt hat, es sich nunmehr gefallen lassen muss, wenn Dritte ihn beim Wort nehmen und aus seinem Verhalten rechtliche Schlüsse ziehen. Nur aber, wenn so das Sichtbarwerden des Willens das Werk einer bewussten geistigen Tat ist, oder wenigstens von anderen mit Notwendigkeit als solches gedeutet werden muss, sprechen wir von „Willenserklärung“. Im Gegensatz hierzu ist uns „Willensäusserung“ schlechthin jedes Indiz des Willens, gleichviel ob es, wie bei der Willenserklärung, als der beabsichtigte Ausdruck dieses Willens erscheint, oder rein zufällig im Verhalten einer Person hervortritt.

Wir werden aber nicht dabei stehen bleiben dürfen, die Manigk'sche Lehre nur bezüglich der Erbschaftsannahme abzulehnen. Diese hätte immer, auch hier noch, einen Schein des Rechts für sich, so lange es uns nicht gelingt, die Erfolgskraft der inneren Absicht auch bei der Okkupation und Dereliktion als unrichtig zu erweisen oder wenigstens auf andere Ursachen als die von Manigk genannten zurückzuführen.

Es ist klar, dass diese Theorie in ihrer Bedeutung steht und fällt mit der Bejahung der rechtsgeschäftlichen Natur der Okkupation und Dereliktion, von der sie ihren Ausgang nimmt. Wird ihr diese Grundlage entzogen, so wäre eben nur bewiesen, dass bei diesen beiden Tatbeständen der ungeäusserte Wille eine gewisse Rolle spielt, für den Begriff des Rechtsgeschäfts aber wäre das ganze Ergebnis wertlos.

Wir behaupten nun keineswegs, dass der Dereliktion des BGB. der Charakter eines Rechtsgeschäfts mangele, dagegen scheint uns derselbe für die Okkupation zum mindesten zweifelhaft. Als Vertreter der bejahenden Ansicht argumentiert z. B. Manigk, dass der Wille des Eigenbesitzers sich mit dem animus domini inhaltlich deckt, erklärt es für unerheblich, ob der Okkupant im einzelnen Falle über die opinio dominii verfüge und schliesst daraus, da der gesetzliche Erfolg des Eigentumserwerbes bei der Okkupation nach seiner Meinung auf den mit dem animus domini identischen Eigenbesitzerwillen zurückführe, dass der Okkupation die Eigenschaft eines Rechtsgeschäfts zukomme.

Nehmen wir die Gleichstellung der vorbezeichneten Willensinhalte als wirklich begründet hin, so muss uns doch die untergeordnete Bedeutung befremden, die hier der opinio dominii, der Überzeugung von der Möglichkeit bezw. der Unmöglichkeit des Eintritts der erstrebten Rechtswirkungen beigemessen wird. Selbst wenn wir daran festhielten, die Qualität des animus domini werde durch den blossen Zweifel auf dem eingeschlagenen Wege Eigentum zu erlangen, nicht alteriert, so erscheint es uns doch schlecht angängig, eine rechtsgeschäftliche Absicht dort für vorliegend zu erachten, wo der Handelnde, wenngleich in irrtümlicher Beurteilung der Sachlage, den gesetzlich in Aussicht gestellten Erfolg des Eigentumserwerbs geradezu für ausgeschlossen hält. So z. B. liegt der Fall, wenn der Okkupant einem andern eine Sache zu stehlen vermeint, während dieselbe tatsächlich herrenlos ist[1]). Mit Enneccerus[2]) sind wir der Ansicht, „das Rechtsgeschäft erfordere den Willen der rechtlichen Folgen in praktischer Anschauung, nicht aber das Bewusstsein der juristischen Konstruktion derselben.“ Aber auch wenn die Absicht dessen, der ein Geschäft

[1]) Cosack, Lehrbuch, II. Bd. bei „Aneignung“.

[2]) Enneccerus, Rechtsgeschäft, S. 18.

errichtet, in erster Reihe garnicht auf Rechtsfolgen, sondern auf wirtschaftliche Folgen gerichtet ist, also auf das „Haben, Herrschen, Gebrauchen, Geniessen“ [1]), so muss für die Frage, ob ein Rechtsgeschäft vorliegt, doch wenigstens feststehen, dass der Handelnde auch die entsprechenden Rechtsfolgen gewollt haben würde, wenn er sich ihrer bewusst gewesen wäre. Der diebische Okkupant aber, der mit Bestimmtheit das Eigentum der von ihm okkupierten Sache einem andern zuerkennt, würde bei Überlegung der Rechtsfolgen seines Tuns, wie sehr er auch den Genuss der tatsächlichen Vorteile des Eigentums, selbst des Rechtsschutzes erstrebt, die Entstehung des Eigentums höchstens gewünscht haben, Gegenstand seines Willens aber konnte sie nicht sein. „Denn etwas Unerreichbares kann man, wenn man es als solches kennt, wohl wünschen, nimmermehr aber wollen [2])“. Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit seines Handelns ist mit dieser Absicht unverträglich.

Abgesehen von diesem Fall kann jedoch gegen die Identifizierung der Absicht des Eigenbesitzers mit dem animus dominii adquirendi nichts eingewendet werden; wie der Eigenbesitz das praktische Spiegelbild der Rechtsfigur des Eigentums darstellt, so weisen eben die entsprechenden Willensrichtungen den gleichen Parallelismus auf. Das Gesetz definiert: Eigenbesitzer ist, wer eine Sache als ihm gehörig besitzt (§ 872 BGB.). Der Eigenbesitz ist demnach eine qualifizierte Besitzform, aber diese Besonderheit prägt sich nicht in der Beschaffenheit der einzelnen Besitzhandlungen, in dem tatsächlichen Verhältnis des Besitzers zur Sache, sondern vielmehr in seiner Stellung zu dritten Personen bezüglich dieser Sache aus: Während der Eigenbesitzer andere Personen von jeglicher Einwirkung auf die Sache ausschliesst, lassen der Fremdbesitzer und der Detentor eine Einwirkung seitens bestimmter Dritter auf Grund und im Umfange bestehender Verpflichtungen zu. Die Art und Weise des Besitzes ist in allen Fällen die gleiche: Ausübung der tatsächlichen Gewalt, wobei quantitative Differenzen nicht in Frage kommen. Mithin bleibt nur übrig, — da Unterschiede zwischen den genannten Besitz-

---

[1]) Schlossmann, in Grünhut's Ztschr. Bd. VII. S. 270 unten.

[2]) Lenel: Parteiabsicht und Rechtserfolg. Iherings Jahrbücher. S. 156.

formen doch nicht geleugnet werden — dass diese hinter den Tatsachen, also im Willen des Besitzers, zu suchen sind. Das will es heissen, wenn das BGB. den Eigenbesitzer als ihm gehörig besitzen lässt. Eine Sache in Eigenbesitz nehmen heisst daher, von ihr Besitz ergreifen mit der Absicht, über sie wie über eine eigene zu verfügen. Damit ist in der Tat die Verwandtschaft des Eigenbesitzerwillens mit dem animus eines Eigentümers dargetan [1]).

Versuchen wir jedoch, das vorhin angeführte Bedenken gegen die Rechtsgeschäftsnatur der Okkupation in uns zu beschwichtigen und zählen wir sie in folgendem mit Manigk zu den Rechtsgeschäften im weiteren Sinne des Wortes. Wir hätten mithin nur noch zu prüfen, ob bei der Okkupation und ebenso bei der Dereliktion die Absicht auch ohne Erklärung die gesetzlichen Folgen herbeizuführen vermag. Wir stehen nicht an, dies zu bejahen. Wer eine herrenlose bewegliche Sache in Eigenbesitz nimmt, erwirbt das Eigentum an der Sache (§ 958 BGB.). Dass die Besitzergreifung für sich als Willenserklärung untauglich ist, kann kaum ernstlich bestritten werden. Sie lässt keinen sicheren Schluss auf einen bestimmten Willen zu. Überdies würde sie als Erklärungshandlung nur dann in Frage kommen können, wenn der Okkupant nicht bereits Besitzer der Sache aus anderen Gründen ist. Wollte man andererseits abwarten, wie sich der Okkupant in Zukunft zur Sache stellt, so käme man, um aus seinem, der Besitzergreifung nachfolgenden Verhalten die ihn leitende Absicht zu erforschen, in Schwierigkeiten mit der Feststellung, in welchen Zeitpunkt der Eigentumserwerb zu datieren sei. Dazu kommt, dass von der Aneignung niemand etwas gesehen zu haben, niemand etwas später zu erfahren braucht, um uns der Manigk'schen Auffassung von der Überflüssigkeit einer Erklärung geneigt zu machen.

---

[1]) Wir müssen daran auch schon deswegen festhalten, weil das Gesetz bei der Dereliktion ausdrücklich die Absicht auf Eigentumsverzicht gerichtet sein lässt. Okkupation und Dereliktion sind aber juristisch völlig correlate Erscheinungen, das eine Geschäft ist gewissermassen die Umkehrung des anderen. Die Absicht des Okkupanten wird deshalb dahin aufzufasssen sein, dass sie, wenigstens in letzter Linie, auf Eigentumserlangung gerichtet ist.

Ähnliche Erwägungen lassen uns auch bei der Dereliktion das Bedürfnis nach einer Willenserklärung vermissen. Auch die Dereliktion kann völlig ohne Zeugen geschehen. Der Akt der Besitzentäusserung leidet für den Zweck einer Erklärung an zu grosser Vieldeutigkeit des Ausdrucks und gehört übrigens nicht einmal zum Tatbestand des Rechtsgeschäfts, da eine Dereliktion doch auch da möglich ist, wo der Besitz bereits fehlt. Andrerseits dürfte es gerade bei der Dereliktion in dem „Aufgeben" des Besitzes, sofern dies nicht mit der Besitzentäusserungshandlung zusammenfällt, keineswegs unmöglich sein, ein erklärendes Verhalten festzustellen, das meist in der Weise zu Tage treten wird, dass dem bisherigen Besitzer an der abhanden gekommenen Sache nichts mehr gelegen zu sein scheint, z. B. wenn er untätig bleibt, wo eine sofortige Verfolgung Erfolg verheisst. Doch auch hier fällt es schwer theoretisch den Zeitpunkt zu fixieren, wann eigentlich der Erfolg der Herrenlosigkeit eingetreten ist, damals schon, als der Wille des Besitzers sich für den Eigentumsverzicht entschied oder später erst, als dieser Verzicht aus seinem Verhalten erschliessbar wurde.

So kommen wir denn tatsächlich zu dem Resultat, die Notwendigkeit einer Willenserklärung bei der Okkupation sowohl wie bei der Dereliktion zu verneinen[1]). Aber wir können Manigk nicht weiter folgen, wenn er das so gewonnene Ergebnis in der Weise verwertet, dass er nun die Willenserklärung aus dem Rechtsgeschäftsbegriff überhaupt hinauswirft und diesen einzig und

[1]) Damit ist natürlich nicht gesagt, dass bei der Okkupation und Dereliktion völlig jedes mitbewirkende äussere Element fehlt. Besteht dies auch nicht, wie bei den übrigen Rechtsgeschäften in einem äusseren Verhalten, welches den Willen des Handelnden erklärt, so ist es doch ein tatsächlicher Zustand, welcher das Vorhandensein des Willens vermuten lässt. Wie § 1006 BGB. zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache die Vermutung aufstellt, dass er Eigentümer ist, so spricht umgekehrt bei einer Sache, die von niemanden besessen wird, eine gewisse Vermutung, wenn auch keine gesetzliche, dafür, dass sie in niemandes Eigentum steht, also herrenlos ist. Indem das Gesetz als Voraussetzung der Okkupationswirkung den Besitz und der Dereliktionswirkung das Fehlen des Besitzes normiert, lässt es auch hier den Willen nicht schlechthin allein wirken, sondern in Begleitung eines sinnlich wahrnehmbaren Zeichens, welches sein Vorhandensein wenigstens wahrscheinlich macht.

allein auf dem ungeäusserten psychologischen Willen aufbaut, während er die Erklärung dieses Willens nur aus nebensächlichen Momenten ableitet.

Um den Fehlschluss, dem sich Manigk hingibt, zu erkennen, definieren wir noch einmal mit dem Gesetz: „Wer eine herrenlose bewegliche Sache in Eigenbesitz (d. h. in der Absicht, über sie nach Art einer eigenen zu verfügen, in Besitz) nimmt, erwirbt das Eigentum an der Sache," und „eine bewegliche Sache wird herrenlos, wenn der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt."

Welches ist nun der Grund, weshalb wir bei Okkupation und Dereliktion im Gegensatz zu den anderen Rechtsgeschäften auf einer Erklärung der Absicht nicht bestehen? Der Umstand, dass sie ausser der Sphäre des Handelnden keinen anderen Rechtskreis berühren? Das würde uns noch nicht im entferntesten berechtigen, dem unfertigen inneren Willen selbständige Bedeutung zuzuerkennen. Keine Interpretationskunst vermöchte es z. B., das Erfordernis einer Willenserklärung bei der Dereliktion in Abrede zu stellen, wenn anstatt des § 959 BGB die Fassung des § 904 des ersten Entwurfs Gesetz geworden wäre, welcher lautete: „Eine bewegliche Sache, deren Eigentümer die Innehabung, ohne dieselbe einem anderen einzuräumen, mit der Erklärung aufgibt, das Eigentum der Sache aufzugeben, wird herrenlos".

Der Grund liegt einfach darin, dass hier das Recht kraft positiver ausdrücklicher Bestimmung Ausnahmefälle geschaffen hat, indem es mit deutlichen Worten zu erkennen gab, dass es bei diesen Rechtsgeschäften bereits an die unerklärte Absicht die Rechtsfolgen des Eigentumserwerbs bezw. der Herrenlosigkeit geknüpft wissen will[1]).

[1]) Diese Ausnahmestellung ist eine gesetzliche. Dass das Gesetz nicht Rechtsgeschäfte, bei denen es eine Willenserklärung verlangt und solche, bei denen dies nicht der Fall ist, koordiniert, ist schon daraus ersichtlich, dass es bei den Rechtsgeschäften der ersteren Art das Bedürfnis einer Willenserklärung im Tatbestande garnicht ausdrücklich hervorhebt. Indem das Gesetz das nicht tut, beweist es, dass es die Notwendigkeit einer Erklärung für selbstverständlich hält und indem es bei Okkupation und Dereliktion schon im Gesetzestext das Genügen an der blossen Absicht durchblicken lässt,

Dass das Recht sich dabei von ähnlichen Gesichtspunkten leiten liess, wie sie vorher Gegenstand unserer Betrachtung waren, kann nicht zweifelhaft sein, ist aber ein Ding für sich. Denn der Gesetzgeber hätte seine Norm nur um ein weniges anders zu formulieren brauchen, und es wäre uns trotz aller Schwierigkeiten nicht möglich gewesen, um das Erfordernis der Willenserklärung herumzukommen.

Wir haben schon früher darauf hingewiesen, dass der ungeäusserte Wille nicht unbeweisbar ist und dass es trotz aller Unvollkommenheiten, die ihm anhaften, dem Gesetzgeber nicht verwehrt ist, da, wo er eine Erklärung für den Zweck des Geschäfts nicht als unbedingt notwendig erachtet, sich mit der Absicht des Handelnden zu begnügen. Von dieser Befugnis, die sich ganz von selbst versteht, hat er im vorliegenden Falle Gebrauch gemacht. Nicht also, dass die Erklärung des Erfolgswillens für das Rechtsgeschäft nur unter Umständen notwendig wäre, erscheint sie im Gegenteil so wesentlich, dass das Recht nicht umhin kann, falls es aus Zweckmässigkeitsgründen auf sie verzichtet, dies ausdrücklich zu bestimmen.

Zur Beantwortung der Frage, ob die Erbschaftsannahme einer Willenserklärung bedarf, brauchen wir also nur das Gesetz selbst zu Rate zu ziehen. Eine positive Bestimmung, durch welche der ungeäusserten Absicht bei der Erbschaftsannahme erfolgsbewirkende Kraft beigelegt würde, ist aber nicht aufzufinden. Folglich gehört sie zu den normalen Rechtsgeschäften, die einer Willenserklärung bedürfen, quod erat demonstrandum.

---

dass es Ausnahmen schaffen will. Solange man an der Ansicht von der Unbrauchbarkeit des ungeäusserten Willens im Rechtsverkehr festhält und daher a priori von der Wesentlichkeit der Erklärung im Rechtsgeschäftsbegriff überzeugt ist, so lange gibt es m. E. gegenüber der Okkupation und Dereliktion nur zwei Stellungnahmen. Entweder werden beide mangels einer notwendigen Willenserklärung nicht mehr als Rechtsgeschäfte behandelt, oder man lässt sie zwar als Rechtsgeschäfte gelten und betrachtet sie dann, wie wir es getan haben, als Ausnahmeerscheinungen auf diesem Gebiet. Begründet ist übrigens die eigenartige Sonderstellung der Okkupation und Dereliktion darin, dass beide Geschäfte in ihrer materiellen Bedeutung aus der Rechtsgüterwelt in eine eigentlich nicht-juristische Sphäre, nämlich die der Herrenlosigkeit, hinüberspielen.

III

Die Erbschaftsannahme als positives Tun

Der Wille hat, wie bekannt, verschiedene Wege, um sich zu manifestieren. Auf den Gegensatz zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung kommen wir späterhin zu sprechen. Eine andere mit der genannten sich nicht deckende Unterscheidung ist die in Willenserklärungen durch positives Tun und durch Unterlassung.

Als zweites formales Erfordernis der Erbschaftsannahme stellen wir das folgende auf: die Erbschaftsannahme bedarf einer Willensäusserung (Erklärung) durch positives Tun. Das bedeutet eine Einschränkung der Ausdrucksmöglichkeiten des Rechtsfolgewillens, die sich aus der Eigenart der Erbschaftsannahme als einer blossen Anfallsbestätigung bezügl. der Erbschaft ergibt. Da nämlich der Erbe nach BGB. bereits mit dem Erbfall von Rechts wegen Erbe wird und die Erbschaft auch behält, wenn er nicht durch die in öffentlich beglaubigter Form vor dem Nachlassgericht zu erklärende Ausschlagung einen entgegengesetzten Willen bekundet, so erscheint dem Gesetz das Unterlassen einer den Annahmewillen zum Ausdruck bringenden Willensaktion als das Naturgemässe, als die Regel, während ein besonderes Hervortreten desselben, durch welches materiell an der Stellung des Erben nichts geändert wird, vom Standpunkt des Gesetzes aus als überflüssig, als Ausnahme erscheint. Geschieht dieses Hervortreten des Willens dennoch, so kann es sich nur als ein Gegensatz zu diesem normalen Zustande des Unterlassens, also als Handlungsvorgang kennzeichnen.

Nun behauptet aber Endemann[1]), und Binder[2]) folgt dieser Ansicht durchaus, „dass die Annahme durch positives Tun und durch Unterlassung vollzogen werden könne und dass beide als Rechtsgeschäfte zu gelten hätten". Die Form, in welcher sich diese Erbschaftsannahme durch Unterlassung angeblich kund gibt, ist ihnen die Versäumung der Ausschlagungsfrist, und Endemann sagt weiter, dass „das bewusste und absichtliche, mithin das rechtsgeschäftliche Unterlassen der Ausschlagung als positive Annahme gewertet werde". Wäre dies der Fall, so müsste, da das Rechts-

[1]) Endemann, Lehrbuch Bd. III. S. 343 zu Anm. 2.

[2]) Binder, Rechtsstellung des Erben nach dem bürgerlichen Gesetzbuch I. Teil S. 77 ff.

geschäft doch einer Willenserklärung bedarf, das Unterlassen entweder selbst Willenserklärung sein, ähnlich dem blossen Schweigen, oder die Tatsache der Versäumung müsste Willenserklärung sein und es dürfte schliesslich die Frist nicht ablaufen können, ohne den darauf gerichteten Willen des Erben. Alle diese Voraussetzungen treffen hier nicht zu.

Was zunächst das blosse Schweigen anbetrifft, so ist es bekanntlich nur dann eine Willenserklärung, wenn in dem Andern dadurch berechtigte Erwartungen geweckt werden, die dem Schweigenden, wenn er den erwarteten Willen nicht hat und die im Verkehr gebotene Redlichkeit beobachtet, das Reden zur Pflicht machen. Für diesen Fall gilt in der Tat der Satz: Qui tacet consentire videtur[1]). Erwartungen bezügl. der Annahme einer Erbschaft sind aber niemals in diesem Sinne berechtigt, eine Erklärung durch blosses Stillschweigen ist also undenkbar. Aber auch das Unterlassen während der Ausschlagungsfrist gibt keinen Anhaltspunkt für einen Schluss auf den Annahmewillen des Erben. Es müsste denn zwischen dem Unterlassen der Ausschlagung und dem Ablauf der sechswöchentlichen Frist ein notwendiger ursächlicher Zusammenhang bestehen. Diese Notwendigkeit wird man aber in Abrede stellen müssen, obwohl nicht zu leugnen ist, dass in den weitaus meisten Fällen der Fristablauf durch beabsichtigtes Unterlassen kausal bedingt sein wird.

„Mit dem „Ablaufe“ der Frist „gilt“ die Erbschaft als angenommen.“ (§ 1943 S. 2) Schon diesem gesetzlichen Wortlaut gegenüber muss es schwer fallen, zu behaupten, dass nur das absichtliche rechtsgeschäftliche Unterlassen als positive Annahme gewertet werde. Aus welchen äusseren Anzeichen sollte auch dieser Annahmewille gefolgert werden? Gegen das Unternehmen, den Schluss auf den Willen dadurch zu rechtfertigen, dass das Gesetz erst mit der Kenntnis vom Anfall und Berufungsgrunde den Lauf der Frist beginnen lasse, haben wir bereits früher lebhafte Bedenken geäussert. Auch würde dies eine Rechtsvertrautheit bezgl. der Dauer und Berechnung der in Rede stehenden Frist als allgemein verbreitet voraussetzen, welche den realen Verhältnissen jedenfalls nicht entspricht. Zu berücksichtigen ist ferner, dass, weil für den Beginn der Frist eine subjektive Tatsache massgebend ist, es

[1]) S. Regelsberger, Pand. S. 505.

hin und wieder vorkommen wird, dass niemand ausser dem Erben selbst um Beginn und Ende der Frist weiss, niemand also in der Lage ist, aus dem Ablauf der Frist seine Schlüsse zu ziehen. Wird hier dann doch der Ablauf der Frist geltend gemacht, so geschieht dies nur auf Grund einer Wahrscheinlichkeitsrechnung, dass bereits 6 Wochen verstrichen sein werden, seit der Erbe die Kenntnis der zum Fristbeginn erforderlichen Tatsachen erlangt hat. Geschlossen wird hier also garnicht aus der Tatsache, sondern aus der blossen Vermutung der Fristversäumung. Schliesslich entzieht es sich überhaupt menschlicher Beobachtung, aus welchen Gründen im Einzelfalle eine Frist verstreicht. Auch reine Unachtsamkeit kann die Schuld tragen. Manchem wird die Frist bloss deshalb ablaufen, weil er während ihres Laufs nicht zu einem Entschluss kommen konnte, ob er annehmen oder ausschlagen solle. Solcher Menschen, die aus dem Zaudern und Überlegen nie herauskommen, und für die erst ein von ihrem Willen unabhängiges Ereignis die Entscheidung herbeiführen muss, gibt es genug. In richtiger Erkenntnis der Bedeutung derartiger Fristen sprachen die Römer von einem spatium deliberandi[1]).

Es verlohnt sich überhaupt, bei dieser Gelegenheit einen Blick auf das römische Recht zu werfen, weil uns dadurch erst recht klar wird, dass das Gesetz den Parteien mit der Fristsetzung kein Mittel in die Hand geben will, um Rechtswirkungen zu erzeugen[2]), sondern dass es eigene Zwecke damit verfolgt, vorzüglich den, die Unsicherheit zu beendigen, welche durch das Ausscheiden einer Person aus dem Rechtsverkehr hinsichtlich ihres Vermögens hervorgerufen wird.

Der römische Erbe (heres extraneus) hatte ein zeitlich grundsätzlich unbeschränktes Recht zwischen Annahme und Ausschlagung der Erbschaft zu wählen. Eine gesetzliche Deliberationsfrist, wie man sie zeitweise in missverständlicher Auslegung von l. 19 C. und l. 22 § 1 C. VI, 30 angenommen hatte, gab es nicht. Es ist Vangerow's Verdienst gewesen „das Phantom der gesetzlichen Deliberationsfrist mit ihrer streitigen Dauer und Wirkung zerstört zu haben[3])." So lange der Erbe die Erbschaft noch

[1]) D. de iure deliberandi 28,8.

[2]) S. über dieses rechtsgeschäftliche Kriterium Manigk, a. a. O. S. 19 ff.

[3]) Arndts, Civ. Schriften, Bd. II S. 11.

nicht ausgeschlagen hatte und die übrigen Voraussetzungen seiner Delation fortbestanden, war er durch nichts gehindert, mit der Antretung der Erbschaft so lange zu warten als ihm beliebte. Aber diese Befugnis war trotz ihrer prinzipiellen Unbeschränktheit zeitlich nicht unbeschränkbar. Besonders die Nachlassgläubiger vermochten es, ihn zu rascherer Entscheidung zu drängen. Ähnlich wie heut § 1958 BGB. bestimmt: „vor der Annahme der Erbschaft kann ein Anspruch, der sich gegen den Nachlass richtet nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden," so konnten auch den römischen Erben die Nachlassgläubiger nicht eher belangen, als bis er angetreten hatte. Sie hatten indess das sehr gewichtige Recht, durch interrogatio in iure von ihm eine Erklärung zu verlangen, wie er es mit der deferierten Erbschaft halten wolle. Dieses mit dem römischen Konkurs[1]) zusammenhängende Fragerecht war vom Prätor eingeführt worden: quia sciebat, difficile esse ei, qui heredem bonorumve possessorem convenit, probare, aliquem esse heredem bonorumve possessorum l. 2 de interrog. XI, 1. Im Vordergrund steht also hierbei der Zweckmässigkeitsgrund, möglichst bald die Ungewissheit über das Schicksal der Erbschaft zu heben. Die Antwort des Befragten bestand nun häufig nicht in der sofortigen Annahme oder Ausschlagung, vielmehr bat sich der Erbe eine Bedenkzeit aus. Diese war ursprünglich eine Antretungsfrist mit dem Erfolg, dass, falls sich der Delat nicht inzwischen erklärte, nach ihrem Ablauf der Nachlass den Gläubigern zum Verkauf ausgeantwortet wurde. Gaj. II § 167. Justinian hat, wie aus l. 22 § 14b. C. VI, 30 hervorgeht, diese Antretungs- in eine Ausschlagungsfrist verwandelt, ut sciant omnes quod omnimodo post petitam deliberationem si adierint vel pro herede gesserint vel non recusaverint hereditatem omnibus in solidum hereditariis oneribus teneantur. Von Justinian wurde auch die Höchstdauer der Frist auf 9 Monate bezw., wenn vom Kaiser gewährt, auf 1 Jahr festgesetzt.

Im Kern der Sache besteht zwischen dem eben geschilderten spatium deliberandi und der Ausschlagungsfrist des BGB. kein Unterschied. Beide stellen sich als Kompromiss der wider-

[1]) Dernburg, Pand. III § 164.

streitenden Interessen des berufenen Erben und der übrigen Nachlassbeteiligten dar. Keine Rechtsordnung, die auf Vernünftigkeit Anspruch erhebt, wird es wagen dürfen, einen Erben ohne jegliche Rücksicht auf seinen Willen an eine Erbschaft zu binden. Sie wird ihm einen gewissen Spielraum für seine Entschliessung gewähren, aber dieser darf wiederum nicht so ausgedehnt sein, dass die Rechtsverhältnisse der Erbschaft allzulange in der Schwebe gehalten und dadurch Dritte womöglich geschädigt werden. Der Unterschied zwischen beiden Fristen besteht eigentlich nur darin, dass das römische Recht den Ausgleich der Interessen, welcher ihr Wesen ausmacht, von Fall zu Fall eintreten lässt, während er im BGB. ein für allemal gesetzlich festgelegt ist. Es wäre verfehlt anzunehmen, dass das Gesetz die Auschlagungsfrist den Parteien als „dienstbares Mittel“ zur Verfügung stellen wolle, damit sie auch eine Erbschaftsannahme durch Unterlassung bewirken könnten. So lange sich dies nicht nachweisen lässt, ist die Fristversäumung ebensowenig ein Rechtsgeschäft wie sie nach den vorangegangenen Darlegungen als Willenserklärung in Anspruch genommen werden darf. Zur Normierung der Ausschlagungsfrist haben andere Gesichtspunkte geführt, die erst in einer entfernteren Beziehung zum Interesse der Rechtssubjekte stehen.

Dass die Fristversäumung kein Rechtsgeschäft ist, können wir aber aus dem Gesetze selbst entnehmen, welches mit aller Deutlichkeit zu erkennen gibt, dass es auf den Willen des Ausschlagungsberechtigten für den Ablauf der Frist nicht ankommt, mag auch die Kenntnis vom Anfall und Grunde der Berufung für den Beginn der Frist von entscheidendem Einfluss sein. Dies beweist insbesondere die in § 1944 S. 2 enthaltene Bezugnahme auf §§ 203, 206 BGB, welche hinsichtlich des „Laufs“ der Frist „entsprechende“ Anwendung finden sollen. Nach § 206 wird die Vollendung der gegen einen Geschäftsunfähigen oder Geschäftsbeschränkten während des Fehlens eines gesetzlichen Vertreters laufende Verjährung auf 6 Monate nach dem Zeitpunkt verlegt, in welchem der rechtliche Mangel gehoben ist. Die „entsprechende“ Anwendung auf die Fristversäumung ergibt, dass eine im Lauf befindliche Ausschlagungsfrist nicht eher als sechs Wochen bezw. Monate nach dem Zeitpunkt endet, in welchem der Geschäftsunfähige (= beschränkte) geschäftsfähig wird oder einen

gesetzlichen Vertreter erhält, jedoch ohne Rücksicht darauf, ob diese Personen jemals vom Anfall oder vom Grunde der Berufung Kenntnis erlangen. Binder[1]) stellt das Entsprechende dieser Anwendung in Abrede, weil für den Beginn der Verjährung ein objektiver, für den Anfang der Ausschlagungsfrist ein subjektiver Ausgangspunkt vom Gesetz normiert sei, weshalb für die erwähnte Erstreckung des Laufs der Ausschlagungsfrist wiederum ein subjektives Moment zum Ausgangspunkt genommen werden müsse, nämlich die Kenntnis von Anfall und Berufsgrund. Jedoch mit Unrecht; denn erstens hat die Erstreckung des Fristlaufs in § 1944 bezw. 206 BGB. gar nicht die Bedeutung eines neuen Fristbeginns und auch nicht die geringste Verwandtschaft mit einem solchen, wie Binder unterstellt, und zweitens gelten dieselben Erwägungen, welche dazu führen, die Kenntnis des Ausschlagungsrechts für die Verlängerung der Ausschlagungsfrist als massgebend zu erachten, genau ebenso für die Verlängerung der Verjährungsfrist. Denn dass das Gesetz von der Kenntnis des verjährungsgefährdeten Rechts nicht den Beginn der Verjährung desselben abhängig macht, beruht doch nur darauf, dass es diese Kenntnis, wozu es auch jegliche Veranlassung hat, bei dem Berechtigten stillschweigend voraussetzt. In beiden Fällen handelt es sich in gleicher Weise lediglich darum, das rechtliche Hindernis, welches in dem Mangel der vollen Geschäftsfähigkeit des Berechtigten seinen Grund hat, zu beseitigen. Das faktische Hindernis der Unkenntnis des bedrohten Rechts kann den Ablauf der Frist nicht aufhalten. Das Gesetz rechnet, indem es das Ende der Frist in angemessener Weise hinausschiebt, mit der Wahrscheinlichkeit, dass der zur Ausübung des Rechts nunmehr Befugte sich nach Möglichkeit in der ihm gewährten Zeit mit den seiner Wahrnehmung anvertrauten Angelegenheiten bekannt machen und dadurch in der Lage sein wird, sich vor Rechtsnachteilen zu hüten.

Eine weitere Unterstützung für unsere Ansicht, dass die Ausschlagungsfrist auch ohne Wissen und Willen des Berechtigten unter Umständen abzulaufen vermag, bietet § 1952 II: „Stirbt der Erbe vor dem Ablauf der Ausschlagungsfrist, so endigt die

---

[1]) S. für das folg. Binder, a. a. O. § 5 III S. 77 ff.

Frist nicht vor dem Ablauf der für die Erbschaft des Erben vorgeschriebenen Ausschlagungsfrist". Wenn Binder an dem klaren Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung deutelt und beispielsweise behauptet, die Voraussetzung, dass der Erbe „vor Ablauf" der Überlegungsfrist sterbe, liege auch dann vor, wenn die Frist überhaupt noch nicht begonnen habe, so bedarf das keiner Widerlegung. Denn gesetzt den Fall, die Vorschrift des § 1952 II bezöge sich auch hierauf, so müsste man dem Gesetz die Unsinnigkeit zutrauen, dass es für das Ende einer Frist Bestimmungen trifft, die überhaupt nicht existiert. Auch Strohal[1]) geht davon aus, dass die Frist bereits für den Erblasser begonnen haben muss und sieht die Erbschaft durch den Erbeserben vermöge Fristablaufs auch dann als angenommen an, wenn dieser von dem Anfall derselben an seinen Erblasser gar keine Kenntnis erlangt hat. Derselben Meinung ist Planck — Ritgen[2]): „Der Erbeserbe erwirbt mit dem Ablauf der Frist die Erbschaft auch ohne sein Wissen." Ebenso behauptet Staudinger — Herzfelder[3]), § 1952 II spreche nur von einem Aufschube des Ablaufs der Frist.

---

[1]) Erbrecht, S. 303.

[2]) Kommentar, V. A. 2 zu § 1952.

[3]) Dsgl. V. Erl. 2 zu § 1952. Wenn Herzfelder allerdings fortfährt, begriffsmässig sei es notwendig, dass der Erbe des Erben irgend einmal vor dem Ende der Frist Kenntnis vom Anfalle der seinem Erblasser angefallenen und seiner Ausschlagung offenstehenden Erbschaft erlangt habe, sonst lassen sich die Folgerungen des § 1943 aus dem Ablauf der Frist nicht rechtfertigen, so ist dem nicht beizustimmen. Der Erbeserbe kann sehr wohl die Erbeserbschaft ausschlagen, auch ohne von ihr etwas zu wissen, indem er nämlich die ihm angefallene Erbschaft ausschlägt. Denn das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, die Erbeserbschaft aber anzunehmen, wird man ihm ohnehin nicht zusprechen dürfen, und andererseits muss jeder Erbe bei einer Ausschlagung sich auf die Eventualität gefasst machen, dadurch auf den Erwerb von Vermögensbestandteilen zu verzichten, die ihm aus irgend welchen Gründen unbekannt geblieben sind, deren Kenntnis ihn jedoch möglicherweise von der Ausschlagung abgehalten hätten. Eine irrige Vorstellung über die Vermögenslage der Erbschaft würde aber als blosser Irrtum im Motiv nicht einmal zu einer Anfechtung dieser Ausschlagung berechtigen. S. Planck, zu § 1954. Da somit eine Ausschlagung der Erbeserbschaft auch ohne Kenntnis möglich ist, so liegt gar kein Grund vor, auch der Fristversäumung ohne diese Kenntnis die Wirkung der Annahme abzusprechen. Auch hier ist eben die Erbeserbschaft nichts weiter als ein unbekannt gebliebener Bestandteil der unmittelbar angefallenen Erbschaft. Unter diesem Gesichtspunkt,

Auch davon, dass die bei Lebzeiten des Erblassers bereits begonnene Ausschlagungsfrist durch seinen Tod gemäss § 203 i. V. mit § 1944 gehemmt würde, bis der Erbeserbe von dem Anfall Kenntnis erlangt habe, wie Binder das annimmt, kann keine Rede sein. Das Recht des Erben, die Erbschaft auszuschlagen, ist nach § 1952 I vererblich, ganz gleich, ob dieses Recht bereits befristet ist oder nicht. Erstere Alternative wird nur im Abs. 2 näher geregelt, ohne dass dadurch der im Abs. 1 ausgesprochene Grundsatz berührt würde.

Verfehlt ist dabei auch, den Tod des Erben als Hemmungsgrund für die Ausschlagungsfrist anzusehen und ihn zu den Fällen „höherer Gewalt" zu zählen, welche gemäss § 203 BGB. den Berechtigten an der Rechtsverfolgung hindern. Ein solches Hindernis besteht nämlich in Wahrheit nicht. Hier kann nicht in Anlehnung an einen bekannten Satz: Le combat cessait faute de combattants gesagt werden, die Ausübung des Rechts ward unmöglich mangels eines Berechtigten. Denn der Berechtigte zur Ausschlagung wird unmittelbar mit dem Tode des Erben der Erbeserbe auf Grund der bereits besprochenen Vererblichkeit des Ausschlagungsrechts. Der Erbeserbe ist durch den Tod des Erben nicht im geringsten an der Rechtsausübung gehindert. Daher kann auch dieses Ereignis keinen Hemmungsgrund für die Ausschlagungsfrist abgeben. Das einzige, in vielen Fällen aber gar nicht einmal vorhandene Hindernis könnte nur darin bestehen, dass dem Erben der Anfall der Erbschaft an seinen Erblasser nicht bekannt ist. Diese Unkenntnis kann aber keinesfalls unter den Gesichtspunkt „höherer Gewalt" gebracht werden. Die Regelung des Gesetzes, durch welche die Frist verlängert wird, verschafft dem Erbeserben ausreichende Gelegenheit, sich mit den vermögensrechtlichen Verhältnissen seines Erblassers vertraut zu machen und damit auch auf irgend eine Weise von dessen Erbrecht Kenntnis zu erlangen. Das Gesetz hat also völlig genug getan. Wenn es hier und da wirklich vorkommen sollte, dass die Frist ohne Wissen des Erbeserben abläuft und er so ohne seinen Willen

---

welcher die Erbeserbschaft als einen blossen Vermögensbestandteil betrachtet, erscheint es auch gar nicht als ein Widerspruch zu dem leitenden Grundsatz des BGB., wenn hier der Erbe scheinbar ohne seinen Willen in die Erbeserbschaft succediert.

Erbe wird, so fallen diese wenigen Ausnahmen gegenüber dem praktischen Nutzen, den die Einheitlichkeit in der Berechnung des Fristablaufs und die Beschränkung des durch den Tod des Erblassers eingetretenen Schwebezustandes abwirft, kaum ins Gewicht.

Einspruch muss auch noch gegen eine weitere Deduktion Binder's erhoben werden, durch welche er seine Ansicht von der Rechtsgeschäftseigenschaft der Fristversäumung zu stützen sucht. Ausgehend von der Behauptung, dass für den Lauf der Ausschlagungsfrist eines geschäftsunfähigen Erben die Kenntnis auf Seiten des gesetzlichen Vertreters massgebend sei und dass sich dies durch § 166 BGB. rechtfertige, kommt er zu dem Schluss, dass die analoge Anwendung des § 166 auf die Fristversäumung nur denkbar sei, wenn sich als übergeordneter Begriff über der Fristversäumung und der Willenserklärung des § 166 der des Rechtsgeschäfts ermitteln lasse. Binder hält nun zwar die Fristversäumung selbst nicht für eine Willens-„erklärung". Das bedeutet jedoch für ihn nicht, wie aus seinen späteren Ausführungen hervorgeht, dass dem eine Fristversäumung angeblich herbeiführenden Willen keine rechtliche Relevanz zukomme. Die Versäumung der Ausschlagungsfrist ist nach seiner Terminologie eine „unmittelbare Willensäusserung[1])", er sieht also in der Fristversäumung immerhin eine Kundgebung, die den Rückschluss auf einen Annahmewillen zulässt. Dass diese Anschauung unrichtig ist, wissen wir bereits. Die Fristversäumung ist weder eine Willenserklärung in unserem, noch eine Willensäusserung im Binderschen Sinne. Die Anwendung des § 166 kann schon deshalb als ausgeschlossen gelten.

Doch darauf kommt es uns jetzt nicht an. Vielmehr wollen wir Binder's folgende Begründung[2]) einmal näher auf ihre Stichhaltigkeit prüfen. Er sagt: „Wenn § 166 auf die Ausschlagungsfrist soll angewendet werden können — und dass er es muss, unterliegt kaum einem Zweifel — so kann er sich nicht etwa auf die Möglichkeit der Ausschlagung beziehen, denn diese kann auch vor der Kenntnis erklärt werden, sondern nur auf die in der Versäumung enthaltene Annahme." Mit anderen Worten: Zur Erb-

[1]) S. 98 unten.
[2]) S. 78 f.

schaftsannahme mittelst Fristversäumung ist die Kenntnis vom Anfall und vom Berufungsgrunde erforderlich; gemäss § 166 BGB. müssen diese Umstände nach der Person des Vertreters des geschäftsunfähigen Erben beurteilt werden; das bedeutet nun, „dass der Geschäftsunfähige die Frist nicht versäumen könne“ und dieses wiederum, dass die Fristversäumung Rechtsgeschäft sei. Diese Argumentation entbehrt jeder zwingenden Kraft. Von der Anwendbarkeit des § 166 BGB. sprachen wir bereits. Hier wird sie aber damit begründet, dass speziell die Annahme durch Fristversäumung ohne die Kenntnis gewisser Umstände nicht möglich wäre. Es wird im Gegensatz dazu darauf hingewiesen, dass die Ausschlagung auch vor dieser Kenntnis statthaft, dass § 166 BGB. deshalb auf die Möglichkeit der Ausschlagung nicht anzuwenden sei. § 166 spielt nun aber, worüber nach seinem Wortlaut kein Zweifel besteht, nur auf eine Kenntnis an, welche die „Folgen“ einer Willenserklärung „beeinflusst.“ Lässt sich dies auch für die Kenntnis vom Anfall und Berufungsgrund bezüglich der Folgen der Fristversäumung behaupten? Gewiss nicht. Die Kenntnis im Sinne des § 166 kann immer nur ein die Erklärung begleitender Nebenumstand sein. Die Folgen sollen ja von ihr nur beeinflusst werden, nicht geradezu von ihr abhängen. Die Folgen der Fristversäumung sind aber völlig undenkbar ohne die Kenntnis vom Anfall und Grunde der Berufung, weil eine Frist ohne sie nicht beginnen, also auch nicht ablaufen kann. Aus § 166 ist daher nicht abzuleiten, dass für diese Kenntnis die Person des gesetzlichen Vertreters massgebend sei. Trotzdem stimmen wir mit Binder in der Sache überein. Auch uns scheint es ausgeschlossen, das Schicksal der Frist nach der Person des Geschäftsunfähigen zu beurteilen; jedoch aus einem anderen Grunde. Es muss nämlich in Betracht gezogen werden, dass durch die Frist ein Recht begrenzt wird, dessen Wahrnehmung dem Geschäftsunfähigen unmöglich ist, weil § 105 BGB. die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen für nichtig erklärt. Wem das Recht nicht die Fähigkeit gibt, ein Recht auszuüben, dem steckt es auch keine Frist, innerhalb dessen er sein Recht durch Nichtausübung verliert. Nicht also, weil der Geschäftsunfähige die Frist nicht versäumen kann, sondern im Gegenteil, weil er sie nicht wahrnehmen kann, beginnt die Ausschlagungsfrist mit der Kenntnis auf Seiten des Vertreters. Damit

zerfällt auch die Folgerung, die aus dem Nichtversäumenkönnen der Frist auf ihren Rechtscharakter von Binder gezogen wird.

In § 1943 heisst es: „Mit dem Ablauf der Frist gilt die Erbschaft als angenommen.“ Das scheint unseren Ausführungen, wonach die Fristversäumung kein Rechtsgeschäft ist, zu widersprechen; tatsächlich aber wird gerade dadurch ihre Richtigkeit bestätigt. Denn gerade weil das Gesetz den Fristablauf als Annahme „gelten“ lässt, gibt es zu erkennen, dass der Fristablauf in Wirklichkeit keine Annahme ist. Wäre er das, so brauchte das Gesetz diese Eigenschaft nicht erst zu fingieren [1]). Nach dem Sprachgebrauch des BGB. deutet nämlich das Wort „gelten“ in dieser Anwendung auf eine Fiktion: Die Versäumung der Ausschlagungsfrist ist demnach nur eine fingirte Erbschaftsannahme: Kraft dieser Fiktion erschöpft sich nun die Folge des Fristablaufs nicht bloss in der negativen Tatsache des Verlusts des Ausschlagungsrechts, sondern es treten auch alle positiven Wirkungen einer echten Erbschaftsannahme ein. Kraft dieser Fiktion vermag das Gesetz ferner Vorschriften, die im BGB. im allgemeinen nur für Rechtsgeschäfte ausgesprochen sind, auf die Fristversäumung zu übertragen. In dieser Richtung liegt zum Beispiel die Vorschrift des § 1956 BGB. wonach die Versäumung der Ausschlagungsfrist in gleicher Weise wie die Annahme angefochten werden kann. Beachtenswert ist, dass hier „Versäumung“ genannt wird, was § 1943 einfach als Fristablauf bezeichnet. Die Versäumung ordnet sich begrifflich dem Ablauf unter, weil sie ein absichtliches Verstreichenlassen der Frist bedeutet. Es wird mit dieser veränderten Terminologie dem Umstande Rechnung getragen, dass vielfach der Wille des Erben selbst den Fristablauf herbeiführen wird. Für diesen Fall sollen auch Willensmängel wie bei Rechtsgeschäften Berücksichtigung finden. Sehr richtig sagt Planck-Ritgen [2]) mit Be-

[1]) Wenn Frommhold, Kommentar, A 2 zu § 1943 im Anschluss an Endemann meint, dass nicht die schlichte Tatsache des Ablaufs der Frist, sondern das untätige Verhalten, das Verstreichenlassen der Frist als Annahme anzusehen sei und dann weiter von einer „Fiktion“ spricht, so liegt darin ein Widerspruch: denn die Fiktion kann sich nur auf den Willen beziehen, und diese Beziehung nur Sinn haben, wenn der wirkliche Wille fehlt.

[2]) Kommentar V. A. zu § 1956.

zug hierauf, die Anfechtung im Falle des § 1950 trage den Charakter einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Übrigens kennt das BGB. nicht bloss eine Anfechtung von Rechtsgeschäften (§ 142 ff.), sondern auch von Rechtsverhältnissen (z. B. §§ 1330 ff., § 1591 BGB.) oder sogar Rechtsfolgen (z. B. die Anfechtung des Erbschaftserwerbs gemäss § 2340 ff. BGB.). Bei dieser Sachlage kann an der Anfechtung des § 1956 erst recht nichts Auffälliges gefunden werden.

Wir lassen bei unseren folgenden Erörterungen diese gesetzliche Art der Erbschaftsannahme ausser Betracht. Ihre Form interessiert nicht, weil sie nicht der Ausdruck eines wirklichen Willens ist, sondern nur ein Tatbestand, dem das Gesetz aus eigener Machtvollkommenheit ein für allemal ohne Rücksicht auf den Einzelfall einen bestimmten Willenssinn beigelegt hat. Eine Erbschaftsannahme durch Unterlassung gibt es demnach nicht. Ursache des Verlustes des Ausschlagungsrechts und weiterhin vermittelst Fiktion des Effekts der Annahme ist nicht die Unterlassung, sondern einfach das Faktum des Fristablaufs. Mag es darum immerhin wahr sein, dass die Wirkung einer Erbschaftsannahme in der Weise herbeigeführt werden kann, dass ihre Erklärung während der Ausschlagungsfrist absichtlich unterbleibt, so ist es doch ebenso wahr, dass diese Unterlassung kein Rechtsgeschäft ist und mit der Erbschaftsannahme höchstens den Namen gemein hat. Sie gehört nicht, um uns so auszudrücken, in die Familie der rechtsgeschäftlichen Möglichkeiten einer Annahme, sie ist dort nur adoptiert, ohne eine natürliche innere Verwandtschaft zur Erbschaftsannahme aufzuweisen.

IV

Die Nichtempfangsbedürftigkeit der Erbschaftsannahme

Bekanntlich zerfallen die Willenserklärungen des BGB. in solche, welche an eine bestimmte Person gerichtet sein müssen und solche, die von diesem Erfordernis unabhängig sind. Seit Zitelmann[1]) heissen erstere empfangsbedürftige, letztere nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen. Die Empfangsbedürftigkeit

[1]) Bekker & Fischer, Beiträge, Heft VII. S. über diesen Sprachgebrauch Leonhard, Allg. T., S. 268 unten.

wird im BGB. in einer grossen Anzahl von Fällen ausdrücklich bestimmt, in anderen, wie z. B. bei der Kündigung, ergibt sie sich aus Sinn und Zweck des Rechtsgeschäfts von selbst. Das BGB. kennzeichnet die Empfangsbedürftigkeit in der Weise, dass es von „Willenserklärungen, welche einem andern gegenüber abzugeben sind“ (§§ 130, 117) spricht. Bei der Erbschaftsannahme weist weder das Gesetz noch das Wesen des Rechtsgeschäfts von vornherein auf einen bestimmten Beteiligten, der ein rechtliches Interesse an der Kenntnisnahme der Willenserklärung für sich geltend machen und demgemäss als notwendiger Empfänger derselben in Betracht kommen könnte.

Die Erbschaftsannahme ist eine nichtempfangsbedürftige Willenserklärung.

Über die Natur der nichtempfangsbedürftigen Erklärung herrscht Streit. Manche fechten ihre Bezeichnung als Erklärung an. So besonders Hellmann[1]). Er führt den von ihm gerügten Fehler auf ein missverständliches argumentum e contrario aus § 74 Abs. 1 des I. E. zurück, wo der Beteiligte, demgegenüber die Erklärung abgegeben werde, in einer Parenthese „Empfänger der Willenserklärung“ genannt worden sei. Man habe daraus eine Willenserklärung ohne Empfänger konstruiert. Den Gegensatz zur empfangsbedürftigen Erklärung bilde die Erklärung, deren Wirksamkeit davon abhänge, dass sie einer Behörde gegenüber abgegeben werde[2]). Hellmann will anstatt dessen nur von Willens-„äusserungen -„betätigungen“ oder -„verwirklichungen“ gesprochen wissen.

Binder[3]) gibt zwar zu, die Nichtempfangsbedürftigkeit lasse das Wesen der Willenserklärung unberührt. Er stellt jedoch die nicht empfangsbedürftige Erklärung der nichtempfangsbedürftigen Erklärung in unserem und der Willens-„äusserung“ im Hellmann'schen Sinne als eine besondere Art gegenüber, die sich positiv dadurch charakterisiert, dass sie gegenüber einem andern, negativ dadurch, dass sie nicht gegenüber einem Beteiligten abgegeben werden muss.

---

[1]) In Ihering's Jahrb. Bd. 42 S. 420.

[2]) Gegensatz von partei- und amtsempfangsbedürftigen Erklärungen s. Leonhard, Allg. T. S. 269.

[3]) a. a. O. S. 102.

Doch davon später. Soweit es sich bei diesen Einwendungen nur um stilistische Korrekturen des Gesetzes handelt, steht es jedem völlig frei, wie er sich dazu stellen will. Anders jedoch, wenn eine derartige von der herrschenden abweichende Terminologie den Anspruch erhebt, sich mit dem Gesetz in Übereinstimmung zu befinden, was z. B Hellmann für seine Unterscheidung geltend macht. Ihn hat Isay[1]) widerlegt, indem er sich mit Recht auf die §§ 2231, 2238, 2341[3] zum Beweise dafür beruft, dass die letzwilligen Verfügungen, die doch ebenso wie die Erbschaftsannahme einseitig und nicht empfangsbedürftig sind, vom Gesetz trotzdem als „Erklärungen" angesprochen werden, und völlig haltlos ist die Hellmann'sche Behauptung[2]), dass in diesen Fällen die Erklärung nichts weiter bedeute als „die Klarmachung, dass etwas geschehen sei, dass nämlich eine Willensäusserung in der Schrift vollzogen worden sei." Wer seinen letzten Willen z. B. in einem holographischen Testament niederschreibt, erklärt dadurch eben seinen Willen, nichts anderes, und daher kann auch nach § 2078 BGB die letzwillige Verfügung angefochten werden wegen Irrtums über den „Inhalt der Erklärung," oder weil der Testator eine „Erklärung dieses Inhalts" nicht abgeben wollte, usw. Hier wird ausdrücklich bestätigt, dass sich die Erklärung auf den Inhalt des Testaments bezieht und nicht auf das Faktum, dass die Schrift den letzten Willen enthalte.

Abzulehnen ist auch mit Isay die Hellmannsche Folgerung aus § 151 BGB., weil hier durch die Verkehrssitte bezw. den Verzicht des Antragenden nicht die „Erklärung" schlechthin, sondern gemäss dem wohl zu beachtenden Wortlaut nur als „solche", d. h. dem Antragenden gegenüber überflüssig wird. Aus der empfangsbedürftigen wird eine nicht empfangsbedürftige Erklärung; sie bedarf nunmehr weder der Adressierung noch des Empfanges, es genügt eine blosse Annahmebetätigung[3]). Cosack[4]) nennt sie „stille Annahme".

Es darf auch die Frage nicht unterdrückt werden, was denn die „Äusserung" des Rechtsfolgewillens überhaupt für eine Bedeutung haben könnte, wenn nicht die der „Erklärung". Beweis-

[1]) Ihering's Jahrb. Bd. 42., S. 40 ff.
[2]) a. a. O. S. 422.
[3]) Fischer-Henle zu § 151.
[4]) Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I S. 185.

bar ist der Wille auch ohne Äusserung, der blosse Beweiszweck kann also nicht ausschlaggebend sein. Dann sollte man doch gleich, wie wir dies bei Manigk[1]) gesehen haben, auf die Äusserung prinzipiell verzichten und sie nur bedingungsweise anerkennen. Eine Äusserung aber aus allgemein theoretischen Gesichtspunkten zu fordern, zugleich aber die Meinung vertreten, sie sei nicht zu dem Zweck gefordert, den Willen klar zu machen, erscheint mir als ein Widerspruch. Bezeichnend ist es daher, dass Leonhard, obwohl er die von uns früher bereits abgelehnte Ansicht[2]) vertritt, das Wort „erklären" trage nach dem allgemeinen Sprachgefühl die Richtung auf einen bestimmten Empfänger in sich[3]), trotzdem auch Willensäusserungen, die nur „dem zufälligen Finder zugedacht sind, wie z. B. das holographische Testament, das im Schreibtische liegen gelassen oder bei dem Untergange eines Schiffes einer verschlossenen Flasche anvertraut wird[4])", zu den Erklärungen zählt. Denn jede Äusserung der gedachten Art, betont er, wolle durch Kenntnisnahme wirken, sei somit in diesem weiteren Sinne empfangsbedürftig (wahrnehmungsbedürftig), da auch die an unbekannte Personen gerichtete Erklärung schliesslich einmal in Empfang genommen und beachtet werden soll[5]).

Nachdem wir nun die Erbschaftsannahme als nicht empfangsbedürftige Erklärung und ebenso als Erklärung in dem für das BGB. technischen Sinne kennen gelernt haben, taucht die weit schwierigere Frage vor uns auf, wie wir uns ihrem Merkmale der Nichtempfangsbedürftigkeit gegenüber zu verhalten haben. Lehrreich ist in dieser Beziehung die Kontroverse zwischen Isay[6]) und Hellmann[7]), weil sie am besten den Streitstand beleuchtet.

Hellmann findet, dass die „rechtsgeschäftlichen Willensäusserungen" (unsere nicht empf. = b. Erklärungen) in ihrem Wesen

[1]) S. oben S. 7.

[2]) Leonhard, Allg. T. S. 256.

[3]) vgl. oben S. 10.

[4]) Leonhard, Allg. Teil S. 268.

[5]) Empfangsbedürftig nennt er die schon beim Geschäftsabschlusse, also die sogleich empfangsbedürftigen Erklärungen.

[6]) Isay: Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts, siehe ferner die Abhandlung desselben Verfassers in Iherings Jahrbüchern, Bd. 44.

[7]) Hellmann a. a. O.

verschiedene Handlungen sind, dass ihr Wesensunterschied nicht erst künstlich konstruiert zu werden braucht, sondern sich auf die tatsächlichen Verhältnisse gründet: Die bloss rechtsgeschäftlichen Willensäusserungen würden wirksam mit der Vornahme — auch ohne die Absicht der Mitteilung und ohne das Zugehen an einen Dritten, was bei Willenserklärungen nicht der Fall sei. Isay vermag einen Unterschied zwischen beiden Arten nicht einzusehen. Nach ihm ist Willenserklärung einer Person dasjenige Verhalten, welches nach der Erfahrung unter Würdigung aller Umstände regelmässig, ohne Rücksicht auf Richtigkeit im einzelnen Falle, den Schluss auf einen bestimmten Willen gestattet und bei welchem sie sich dieser Schlüssigkeit bewusst war oder bewusst sein musste[1]). Lediglich die Verschiedenartigkeit des Schlusses auf den Willen bedingt nach seiner Meinung einen Wesensunterschied zwischen den Willenserklärungen. Eine Verschiedenheit des Schlusses auf den Willen sei aber bei der empfangsbedürftigen und der nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung nicht nachweisbar. Der im § 130 BGB. bezeichnete Umstand, dass die Willenserklärung einem anderen gegenüber abzugeben sei, sage nichts aus über eine Eigenschaft der Willenserklärung, sondern nur über eine Voraussetzung ihrer rechtlichen Wirkung, die Einteilung des BGB. nach der Empfangsbedürftigkeit bedeute nicht eine Einteilung der Willenserklärungen, sondern der Tatbestände, welche eine Willenserklärung enthalten.

Dass wir auf diese Kontroverse, die wie eine theoretische Spielerei anmutet, des näheren einzugehen beabsichtigen, kann im ersten Augenblick verwundern. Jedoch wird sich bei eingehenderer Betrachtung ergeben, inwiefern die Entscheidung dieser Frage für die Erkenntniss der Form der Erbschaftsannahme bedeutsam zu werden vermag. Bildet nämlich die Nichtempfangsbedürftigkeit eine Wesenseigenschaft der Erbschaftsannahme, so wird sie in der Form dieses Rechtsgeschäftes irgendwie zum Ausdruck gelangen müssen. Lässt sie hingegen das Wesen der Erbschaftsannahme unberührt, so wird der Umstand, dass die Erklärung nicht einem anderen gegenüber abgegeben zu werden braucht, auch auf ihre Form nicht zurückwirken. — Obwohl Isay Gelegenheit genommen hat, auf die

[1]) S. Willenserklärung, S. 26 unten.

gegnerischen Ausführungen Hellmann's im 42. Bande von Ihering's Jahrb., wo dieser allerdings mehr Behauptungen als Beweise vorbringt, im 44. Bande der gleichen Zeitschrift noch einmal zurückzukommen, um sie mit grosser Schärfe zu widerlegen, vermag ich mich doch nicht seinen Deduktionen anzuschliessen. Der Grund liegt vorwiegend in seiner Begriffsbestimmung der Willenserklärung. Wenn Leonhard[1]) darauf hinweist, dass bei allen Willenserklärungen der Erklärungsakt und der Erklärungsinhalt zu unterscheiden sei, und dass beide Erklärungen hiessen, so löst sich bei Isay diese Unterscheidung völlig in sich selber auf. In dem Bestreben, das zum Zweck der Erklärung gewählte tätige oder untätige Verhalten des Menschen nur als eines von vielen Auslegungsmitteln für den Willen gelten zu lassen, zu welchen er auch die Gesamtheit der Umstände rechnet, unter denen dies Verhalten zu Tage tritt, wird notgedrungen der Erklärungsvorgang von dem Gesamttatbestande, welcher für den Schluss auf den Willen in Betracht kommt, die Erklärung von dem Erklärten absorbiert. Für die Klarwerdung des Willens bei der Isay'schen Willenserklärung ruht das Schwergewicht nicht auf dem erklärenden Verhalten des rechtsgeschäftlich Handelnden, sondern auf der schliessenden Tätigkeit eines gedachten Erklärungsempfängers. Wenn Isay in seiner Definition[2]) von einem „Verhalten" spricht, welches unter Berücksichtigung aller „Umstände" auf den Willen schliessen lässt, so dürfen wir uns doch nicht darüber täuschen lassen, dass für ihn dieses „Verhalten" dieses Tätigwerden des Erklärenden eben auch nur ein „Umstand" ist, ein Auslegungselement des Willens, ein Erklärungsobjekt.

Dieser hartnäckig objektive Standpunkt aber ist es gerade, weshalb wir Isay nicht folgen können. Die Vornahme eines Rechtsgeschäfts ist ein menschliches Handeln. Der Lebensnerv jedes Rechtsgeschäfts ist der Wille der Privatperson. Von ihm aus muss daher eine Begriffsbestimmung der Willenserklärung unternommen werden. Willenserklärung ist nicht das, was ein anderer an meinem Verhalten zu beobachten vermag, um daraus

[1]) Allg. Teil S. 257.
[2]) S. vorn S. 32.

meinen Willen zu erforschen, sondern dasjenige Verhalten, welches ich beobachte, um einen anderen über meinen Willen zu unterrichten.

Bei Betrachtung des Gebiets der Willenserklärung fällt uns nun sofort eine Spaltung in 2 Gruppen in die Augen, die das Gesetz dadurch von einander scheidet, dass es ein bestimmtes Mass des erklärenden Verhaltens bei der einen für erforderlich, bei der anderen für genügend erachtet, die empfangsbedürftigen und die nicht empfangsbedürftigen Erklärungen.

Dieser Unterschied liegt in der Sache selbst. Sehen wir uns nämlich die Rechtsgeschäfte mit empfangsbedürftigen Erklärungen auf ihre wirtschaftliche Bedeutung näher an, so finden wir, dass ihre Vornahme, zunächst wenigstens, weit mehr, ja fast ausschliesslich im Nutzen Dritter gelegen ist, nicht in dem des Erklärenden. Die Rechtsgeschäfte mit empfangsbedürftigen Erklärungen fördern dagegen in erster Linie das wirtschaftliche Interesse des Erklärenden selbst. Als Beispiele seien die in den §§ 167, 263, 293, 349, 388, 531, 565 BGB. genannten einseitigen Rechtsgeschäfte angeführt. Eine Kündigung, eine Aufrechnung, ein Rücktritt z. B. erzeugt Rechtswirkungen, die im Durchschnitt der Fälle dem anderen Teile geradezu aufgezwungen werden. Bei dieser Sachlage ergibt es sich von selbst, dass eine Erklärung des betreffenden Willens nur dann vorliegt, wenn es demjenigen, auf dessen Rechtsverhältnisse in solcher Weise eingewirkt werden soll, unmittelbar selbst ermöglicht wird, den Schluss auf den Rechtsfolgewillen des Anderen zu ziehen. Dass diese Erklärungen also einem Anderen gegenüber abzugeben sind, ist nicht eine Voraussetzung der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, in dessen Tatbestande sie sich vorfinden, sondern ihrer Wesenseigenschaft als Willenserklärung. Ohne diese Richtung ist das Verhalten des Handelnden wirkungslos, weil es keine Erklärung ist. Auch Isay hält seine Definition der Willenserklärung, obgleich er sich darum bemüht, nicht frei von derartigen Wirkungselementen, denn was soll es anders heissen, wenn er ein Bewusstseinmüssen der Schlüssigkeit in einzelnen Fällen verlangt, als dass eine Erklärung manchmal schon als solche gilt, also wirksam ist, mag auch der Erklärende sich fahrlässigerweise der Schlüssigkeit seines Handelns nicht bewusst gewesen sein. Bezüglich der Form wird sich demnach ein Unterschied in der Weise zeigen, dass die empfangsbedürftigen Erklärungen ein

an die konkrete Person angepasstes erklärendes Verhalten (subjetive Möglichkeit der Kenntnisnahme) erfordern, während die nicht empfangsbedürftigen Erklärungen eines mehr oder weniger generellen Gerichtetseins, einer nur generellen Schlüssigkeit (objektiven Möglichkeit der Kenntnisnahme) bedürfen. Die konkrete Anpassung der Erklärung an ihren Empfänger ist natürlich mit Cosack[1]) nur so zu verstehen, dass die Äusserung dem Verständnisvermögen des Empfängers, „d. h. nicht dem Verständnisvermögen, welches er tatsächlich besitzt, sondern dem, welches der Urheber der Erklärung bei ihm voraussetzen darf." angepasst sein muss. Da dies nach Grundsätzen des Verkehrs zu bemessen ist, so fehlt die feste Grenze nicht, welche bei der Beurteilung des Einzelfalles als Richtschnur dienen kann. Wenn Isay behauptet, um eine Verschiedenheit mehrerer Willensäusserungen als eine solche ihres Wesens bezeichnen zu können, müsste sie in einer Verschiedenheit ihrer Bedeutung für den Schluss auf den zu Grunde liegenden Willen gefunden werden, so ist dieses Kriterium eine Folge seines objektiven Standpunktes, den wir als berechtigt nicht anerkannt haben. Er präjudiziert also für uns in keiner Weise.

Eine weitere Folge des von Isay aufgestellten Begriffs der Willenserklärung ist es, dass die nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, die doch eine bestimmte Modalität dieses Begriffes darstellen sollte, in ihm restlos aufgeht. Dies ergibt sich aus einer Gegenüberstellung der Tatbestände adressierter und nicht adressierter Willenserklärungen, wie sie Isay auf S. 59 seiner Monographie über die Willenserklärung vornimmt. Daraus geht hervor, dass für ihn die nicht adressierte Willenserklärung, unter welcher er auch die nicht empfangsbedürftige mit begreift, in ihrem Tatbestande völlig identisch ist mit der von ihm S. 26 unten definierten „Willenserklärung", sie ist ihm also die Willenserklärung im eigentlichen Sinne. Da er die adressierte Erklärung von ihr durch das Erfordernis der Wahrnehmbarkeit für den Adressaten auszeichnet, also für die empfangsbedürftige Erklärung entsprechend eine Wahrnehmbarkeit vindiziert, so läuft der Gegensatz zwischen empfangsbedürftig und nicht empfangsbedürftig für Isay schliess-

[1]) Lehrbuch, Bd. I S. 199.

lich auf den Gegensatz von wahrnehmungsbedürftig und nicht wahrnehmungsbedürftig hinaus.

Nun sind ja in der Tat die nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen nicht wahrnehmungsbedürftig in dem Sinne, dass ihre Wirksamkeit von der tatsächlichen Wahrnehmung abhinge, tritt doch beispielsweise die Wirkung eines Testaments auch ein, selbst wenn es unbekannt bleibt[1]). Aber auch die empfangsbedürftige Erklärung hat die wirkliche Wahrnehmung durch ihren Empfänger nicht zur Voraussetzung ihrer Wirksamkeit, ihr Wahrnehmungsbedürfnis ist bereits befriedigt mit der empirischen Möglichkeit ihrer Wahrnehmung durch ihren Adressaten[2]), wenn auch das Mass dieser Wahrnehmbarkeit durch das Erfordernis des Zugehens gesetzlich bestimmt ist. Sie ist also immerhin bis zu einem gewissen Grade wahrnehmungsbedürftig.

Es zeigt sich nun aber, dass, wenngleich in einem beschränkteren Sinne, auch für die nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen eine Wahrnehmungsbedürftigkeit besteht. Gerade diese unterscheidet sie von blossen Willensäusserungen, welche sich begrifflich zu einer Wahrnehmung indifferent verhalten. Deshalb halte ich auch die von Hellmann vorgeschlagenen Bezeichnungen „Willensäusserung“ „Willenbetätigung“[3]), soweit sie die nicht empfangsbedürftige Erklärung betreffen, für verfehlt, Es gehört durchaus zum Begriff auch der nicht empfangsbedürftigen Erklärung, dass sie in irgend einer Weise zur Wahrnehmung bestimmt wird. Ist sie zwar nicht eine Erklärung, die gegenüber einem andern abzugeben ist, so ist sie doch immerhin, wie Regelsberger[4]) richtig hervorhebt, eine Kundgebung für jeden, den es angeht. Man wird sagen müssen, eine solche Erklärung liegt dann nicht vor, wenn sie in der Weise geschieht, dass ihre Kenntnisnahme durch andere faktisch unmöglich oder nach Anschauungen des Verkehrs mit aussergewöhnlichen Schwierigkeiten verknüpft ist. Steht einer solchen Erklärung ihrer Natur nach von vornherein ein Kreis von bestimmten Interessenten

---

[1]) Das heisst nur theoretisch, nicht praktisch. Jedenfalls wünscht der Aussteller diese rein theoretische Wirksamkeit nicht.

[2]) Staudinger-Loewenfeld, Kommentar Bd. I. S. 328.

[3]) S. vorn S. 29.

[4]) Pandekten, I. S. 493 unten.

gegenüber, so wird sich ganz von selbst das Wahrnehmungsbedürfnis der Erklärung einigermassen in Beziehung auf diese individualisieren. Aber auch dann braucht sich der Erklärende darum, dass die Erklärung irgend welchen Personen zugeht, nicht zu bemühen. Er braucht die Erklärung nur so einzurichten, dass sie denjenigen, welche sich auf dieselbe berufen wollen, abgesehen von nicht im gewöhnlichen Lauf der Dinge liegenden Hinderungsgründen zugänglich ist.

Diese beschränkte Wahrnehmungsbedürftigkeit der nicht empfangsbedürftigen Erklärung geht, wie gesagt, in der Isay'schen Begriffsbestimmung verloren. Er sucht den Mangel zu verdecken, indem er behauptet, dass „praktisch der Unterschied in diesem Punkte schwerlich von Bedeutung sei. Denn bezgl. einer Willenserklärung, die mit dem vollen Bewusstsein, dass sie von niemandem wahrgenommen werde, abgegeben sei, erscheine in sehr vielen Fällen das Bedenken, ob hier auch wirklich schon eine fertige Erklärung eines fertigen Willens vorliege, als nicht unbegründet“ [1]). Damit gibt Isay freilich zu, dass theoretisch und in einzelnen Fällen sogar praktisch Willenserklärungen gültig sein müssten, obwohl sie mit dem Bewusstsein ihrer Nichtwahrnehmbarkeit vorgenommen worden sind. Das kann aber unter keinen Umständen zugestanden werden.

Schliesslich ist damit, dass Isay die Empfangsbedürftigkeit der Erklärungen, die einem anderen gegenüber abzugeben sind, nur als eine Voraussetzung ihrer rechtsgeschäftlichen Wirksamkeit bezeichnet, wenig gewonnen. Ist doch alles, was wir unter dem Namen Tatbestand des Rechtsgeschäfts zusammenfassen, nichts anderes als eine Summe von Voraussetzungen der rechtlichen Wirksamkeit des Willens, ohne deren Vorhandensein der Handelnde nicht diejenige Gestaltung der Verhältnisse erzielt, welche er anstrebt. Von diesem Gesichtspunkte aus ist auch die Erklärung des Willens eben nur eine Voraussetzung der betreffenden rechtlichen Wirkung, so gut wie ihre Abgabe an einen Dritten. Niemandem aber wird es einfallen, deshalb an der Wesentlichkeit der Erklärung für den juristischen Willen zu zweifeln, weil diese zugleich Voraussetzung für die Wirkung des Rechtsgeschäfts ist, und

---

[1]) S. Isay, Willenserklärung S. 59.

aus diesem Grunde den Begriff der Willenserklärung als juristischer Willensform mit derselben Entschlossenheit fallen lassen, wie Isay den der empfangsbedürftigen Erklärung als einer besonderen Erklärungsform. Die Abgabe der Erklärung an den Dritten ist nicht etwas, was zu der speziellen Erklärung von aussen hinzukommt, sondern was sich aus dem Erklärungszweck logisch von selbst entwickelt. Dieselbe Erklärung, an einen andern abgegeben als denjenigen, auf dessen Rechtslage dadurch eingewirkt werden soll, ist höchstens eine Mitteilung des Willens rechtsgeschäftlich zu handeln, nicht aber das erklärende Verhalten selbst. Dies allein ist der Grund, weshalb die Erklärung „gegenüber einem andern abzugeben ist." Bei dem Streit um das Wesen der Empfangsbedürftigkeit oder Nichtempfangsbedürftigkeit handelt es sich nicht, wie Isay behauptet, für die Vertreter der von ihm bekämpften Ansicht, nur um „äusserliche graduelle Verschiedenheit der in Betracht kommenden Arten des Verhaltens"[1]), sondern um die Frage, wann ein bestimmtes Verhalten als Erklärung vollendet ist. Was die empfangsbedürftige Erklärung betrifft, so wird aus einem Benehmen, dessen Tatbestand nicht die Abgabe an einen bestimmten Dritten umfasst, niemals der Wille des Handelnden zu schliessen sein, dass auf die Rechtslage dieses Dritten in irgend einer Weise eingewirkt werden soll. Bei der nicht empfangsbedürftigen Erklärung andererseits wird nur ein Verhalten, welches objektiv fähig ist, die Kenntnis eines Willens für Andere zu vermitteln, als ein rechtsverbindliches Verhalten, als Erklärung im Rechtssinn gewertet werden.

Nach § 130 BGB. wird eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, nämlich um als Erklärung gelten zu können, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam, in welchen sie ihm zugeht. Daraus ergibt sich argumento e contrario für uns der Satz, dass eine Erklärung, welche einem anderen gegenüber abgegeben wird, nämlich dem Erfordernis des Zugehens nicht mehr abhängt, obwohl sie bereits für sich selbst als Erklärung vollendet ist, von Binder[2]) findet hierin eine unhaltbare Konsequenz: „denn auf diese Weise

[1]) In Iherings Jahrb., Bd. 44., S. 48.
[2]) Binder, a. a. O. S. 99.

müsste die schriftliche Erklärung, bevor sie zur Post gegeben wurde und bei dem Nachlassgericht in den Einlauf kam, bindend und unwiderruflich sein. Auch das Zerreissen des Schreibens sollte dem Schreiber nichts helfen. Ein neues semel heres, semper heres! Ja, der gewissenhafte Staatsbürger müsste sich sagen, dass selbst das in seinen vier Wänden gesprochene und von niemand erlauschte Wort für ihn unabänderlich sei" . . . usw. Auf Grund der von uns bereits gewonnenen Erkenntnis der nicht empfangsbedürftigen Erklärungen werden wir uns in diesen Erklärungen rasch zurecht finden. Zum Teil haben wir es hier infolge der mangelnden Wahrnehmbarkeit garnicht mit fertigen Erklärungen zu tun, und der gewissenhafte Staatsbürger mag ruhig sein, es wird niemand wagen dürfen, ihn auf eine solche Erklärung hin festzunageln. Was die blosse Niederschrift eines Willens anbelangt, so kann ihr nicht ohne weiteres die Fähigkeit abgesprochen werden als Erklärung eines Willens zu dienen. Im allgemeinen, so auch in dem von Binder angeführten Falle, wird sie keine bindende Kraft haben, sie kann es aber, wofür das holographische Testament das beste Beispiel gibt. Das liegt jedoch an den ganz besonderen Umständen dieser Erklärung. Der Testator kann sich darauf verlassen, dass seine Erben bezw. Angehörige nach seinem letzten Willen forschen werden, sobald er aus dem Leben geschieden ist. Er braucht also weiter keine Sorgfalt darauf zu verwenden, die Schrift ihren natürlichen Adressaten zugänglich zu machen. Seine Erklärung enthält bereits mit der Niederschrift das von Zitelmann[1]) geforderte „abstrakte objektive Verständlichsein", weil das Interesse der Beteiligten sich von selbst als stark genug erweist, um dem Testator die Pflicht eines dieses Mass übersteigenden Entgegenkommens zu ersparen. Bezüglich des erstgenannten Binder'schen Falles ist es bemerkenswert, dass Binder zwischen dem Schreiben des Briefes und dessen Einlauf beim Nachlassgericht gerade den Zeitpunkt unerwähnt lässt, in welchem nach richtiger Meinung die Erklärung vollendet ist, nämlich den Zeitpunkt der Absendung des Briefes. Von diesem Augenblick ab beginnt das Schicksal der Erklärung, von Faktoren bestimmt zu werden, die nicht mehr lediglich vom Willen des Erklärenden abhängen. Er hat sie aus seiner Macht gegeben, und sie ist damit für ihn selbst zur un-

[1]) Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 251.

abänderlichen Tatsache geworden. Dass die Erklärung nun wirklich zur Kenntnis ihrer Adressaten gelangt, darf er getrost dem Zufall überlassen.

Dass es auch gerade Isay ist, der Binder ähnliche Vorhaltungen macht, kann verwundern, und man ist geneigt, ihm die Aktivlegitimation dazu abzusprechen. Haben wir doch gerade gegen die Isay'schen Ausführungen den Einwand erheben müssen, dass sie das Moment der Wahrnehmbarkeit bei den nicht empfangsbedürftigen Erklärungen nicht genügend würdigen, und ist es doch gerade die mangelnde Berücksichtigung dieses Umstandes, welche die angefochtenen Entscheidungen Binder's veranlasst haben. Isay[1]) sagt ausdrücklich, „in objektiver Beziehung brauche die Erklärung nicht die Möglichkeit ihrer Wahrnehmung zu enthalten." Dass es ihm auch in subjektiver Beziehung, — abgesehen von gewissen praktischen Rücksichten — nicht darauf ankommt, zeigte uns die Gegenüberstellung der Tatbestände adressierter und nichtadressierter Erklärungen, auf welche wir bereits oben S. 35 Bezug genommen haben. Es lässt sich aber auch daraus entnehmen, dass Isay sagt: „Es könne die Möglichkeit der Wahrnehmung erst später unabhängig von der Erklärung gesetzt werden," was doch nichts anderes bedeuten kann, als dass die Erklärung auch vor ihrer Wahrnehmbarkeit schon eine solche gewesen ist. Wenn irgend etwas bei einem solchen Verhalten Willenserklärung sein soll, so ist es jedenfalls nicht der Akt, den Isay meint, möglicherweise aber die nachfolgende Handlung, durch welche der Erklärende die Möglichkeit zur Wahrnehmung der „Erklärung" setzt. Dieser Handlung genüber trägt alles vorangegangene einen ausschliesslich präparatorischen Charakter.

Fassen wir den hier begangenen Fehler näher ins Auge, so unterscheidet er sich nämlich kaum von demjenigen, den der begeht, welcher dem blossen Entschluss zu rechtsgeschäftlichen Handeln schon juristische Wirksamkeit zuspricht. Denn eine Erklärung der bemängelten Art ist vom Standpunkt des Verkehrs von der rein inneren Tatsache der Absicht in nichts verschieden; auch sie ist für die Sinnenwelt so gut wie nicht vorhanden, und dieselben Bedenken, welche sich gegen die Verwertung der uner-

[1]) In „Willenserklärung".

klärten Absicht im Rechtsverkehr anführen lassen, erheben sich auch gegen sie. Diese gleichsam nur laut gewordene Absicht wäre schliesslich ebenso beweisbar wie die vollständig innerlich gebliebene, nämlich durch Eideszuschiebung oder Geständnis. Daher ist der von Isay zitierte Satz: non jus deficit, sed probatio in der Anwendung auf nicht wahrgenommene Erklärungen nicht einmal zutreffend.

In l. 30 C. de test. tut. 26,2[1]), woher dieser Satz entnommen ist, liegen die Dinge auch völlig anders; denn hier ist der Beweis, wenn der Testator als Vormund gewollt habe, durch die Natur der Sache ausgeschlossen, da der Testator gestorben ist, und dann steht ja nicht ein Beweis einer Erklärung, sondern nur ein solcher ihres Inhalts in Frage. Zitelmann[2]) findet in dieser Stelle den quellenmässigen Beweis für seine Ansicht, dass das subjektive Verstandensein einer Erklärung nicht als Tatbestandsmoment der Erklärung fungiere, sondern nur als Beweismoment in Betracht komme. Eine solche subjektiv unverstanden gebliebene Erklärung, sagt er, sei wie ein Stück Papiergeld, auf welchem die Wertbezeichnung verlöscht sei. Mit beiden liesse sich garnichts anfangen, obwohl sie an sich höchst wertvoll sein möchten. Ähnlich liegt nach seiner Meinung der Fall bei einer Pollizitation, die, obgleich sie von niemandem gehört werde, doch eine gültige Verpflichtung, wenigstens theoretisch, zu Wege bringe, sowie wenn ein Sklave im Testament seines Herrn zum Erben eingesetzt worden sei, also ipso iure als heres necessarius die Erbschaft erworben habe, das Testament aber unbekannt bleibe. Praktisch sei dann allerdings der Erwerb so gut wie gar keiner.

Diese Beispiele Zitelmann's sind nicht geeignet, der unrichtigen Auffassung Isay's eine Stütze zu geben. Dass nämlich die nicht empfangsbedürftige Willenserklärung auch wirklich wahrgenommen werde, ist auch von uns nicht als konstitutives Tatbestandsmoment dieser Erklärung bezeichnet worden. Der

[1]) Duo sunt Titii, pater et filius. datus est tutor Titius nec apparet, de quo sensit testator. quaero quid sit iuris. respondit: is datus est, quem dare se testator sensit, si id non apparet non ius deficit sed probatio: igitur neuter est tutor.

[2]) Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 253.

Umstand, dass die Erklärung von ihren Destinatären unbeachtet bleibt, hebt ihren Erklärungscharakter nicht auf, wohl aber ist dieser aufgehoben, wenn die Möglichkeit einer Wahrnehmung der Erklärung mangels ungenügender Berücksichtigung ihres Wahrnehmungsbedürfnisses von vornherein ausgeschlossen war. Dasselbe meint Zitelmann, wenn er für die Erklärung zwar nicht ein konkretes, subjektives Verstandensein, wohl aber ein abstraktes objektives Verständlichsein verlangt.

Ein solches Verständlichsein lediglich aus praktischen Gesichtspunkten zu fordern, wie Isay tut, weil gegen eine Erklärung, die dagegen verstosse, vielfach Zweifel in die Fertigkeit und Ernstlichkeit des Willens begründet seien, erscheint schon deshalb misslich, da dieses Kennzeichen öfters im Stich lässt. So enthalten z. B. Tagebucheinträge nach der Regel des Lebens und der Erfahrung ernsthafte Bekenntnisse eines Menschen, und ein solcher Eintrag, Inhalts dessen jemand, womöglich unter Angabe recht vernünftiger Gründe, den Willen kundgibt, eine ihm angefallene Erbschaft anzunehmen, wird auch nach Isay'schen Kriterien schwerlich als Willenserklärung, d. h. ein Verhalten, welches erfahrungsgemäss regelmässig den Schluss auf einen bestimmten Willen zulässt, bezweifelt werden können, selbst dann nicht, wenn nunmehr dieses Tagebuch wieder ängstlich verborgen und den profanen Blicken der Welt entzogen wird. Und doch waltet nach unserer Ansicht auch nicht das geringste Bedenken ob, dass hier von einer Willenserklärung nicht die Rede sein kann, nicht etwa, weil wir die Ernsthaftigkeit des zum Ausdruck gebrachten Willens in Frage stellen wollten, sondern lediglich deshalb, weil wir diesen Willensausdruck nicht nach den Grundsätzen des Verkehrs wahrnehmbar gemacht sehen [1]).

[1]) Was die Meinung Binders von dem Erfordernis des Zugehens einzelner nicht empfangsbedürftiger Willenserklärungen, z. B. der Erbschaftsannahme, und seine fernere Begründung, § 130 BGB. müsse mit einschränkender Interpretation im Anschluss an § 74 E I, welchen die Kommission sachlich nicht habe ändern wollen, ausgelegt werden, als ob dastünde: eine Willenserklärung, die gegenüber einem Beteiligten abzugeben ist, wird mit ihrem Zugehen wirksam (Binder S. 97/98), so hat Isay, Jh. Jahrb. a. a. O. S. 63 darauf allerdings in einer Weise zutreffend geantwortet, dass dem dort Gesagten nichts hinzuzufügen ist.

V

Die ausdrückliche Erbschaftsannahme

Blicken wir auf unsere bisherigen Erörterungen bezgl. der Form der Erbschaftsannahme zurück, so lässt sich folgendes Resultat feststellen: Die Erbschaftsannahme bedarf zum Zweck der Erklärung des Parteiwillens einer Willensäusserung, diese muss in einer positiven Betätigung bestehen und nach Art nicht empfangsbedürftiger Erklärungen in einem bestimmten Sinne gerichtet und wahrnehmbar gemacht werden. Die Frage nach den Arten dieser Betätigung führt uns nunmehr auf den Gegensatz zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung.

Das BGB. sagt nichts darüber aus, ob die Erbschaftsannahme ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen könne. Der E I § 2029 bezeichnete jedoch die Annahme, abgesehen von der gleichfalls Annahme genannten Fristversäumung, als „die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, Erbe sein zu wollen". Das BGB. hat diese Unterscheidung nicht aufgenommen. Ohne damit eine sachliche Änderung zu beabsichtigen, ist sie deshalb im § 1943 vermieden[1]). Da das, was unter ausdrücklicher Willenserklärung zu verstehen ist, nichts weniger als feststehend bezeichnet werden kann, obwohl wir nicht der Meinung Dernburg's[2]) beipflichten möchten, dass, weil es an einer Legaldefinition des Wortes „ausdrücklich" fehle, jeder Schriftsteller befugt sei, ihm einen bestimmten Sinn für seinen Gebrauch aufzuprägen, so wollen wir doch, bevor wir mit diesem Begriff im folgenden operieren, vorwegnehmen, welche Bedeutung wir unseren Ausführungen zu Grunde legen. Ausdrücklich nennen wir eine Erklärung, wenn durch sie der Wille auch ohne die Kenntnis besonderer mit dem gemeinverständlichen Sinn des Ausdrucks nicht in unmittelbarer Beziehung stehender Tatumstände klar wird. Bei der ausdrücklichen Erklärung haben die äusseren Umstände, unter denen sie ins Leben tritt, nur eine untergeordnete Bedeutung. Sie tragen höchstens zur grösseren Verständlichkeit der Erklärung bei, bestätigen ihre Ernsthaftigkeit. Die Erklärung liegt hier allein in

---

[1]) Planck, Komm. V. S. 38.
[2]) Dernburg, Pand. I. § 98.

der Art und in der Art des Gebrauchs der verwendeten Zeichen. Die stillschweigende Erklärung hingegen ist völlig abhängig von ihrem Milieu. Die Bepflügung des Ackers ist an und für sich ein rechtlich bedeutungsloses Geschehen, wird sie aber in die eigentümliche Beleuchtung gewisser Umstände gerückt, z. B. dass dieser Acker zu einer Erbschaft gehört, die dem Bepflügenden angefallen ist, so bekommt die Handlung plötzlich ein juristisches Gesicht, da sie möglicherweise seinen Annahmewillen erkennen lässt. Auf das Substrat der Erklärung, ob Worte oder sonstiges Verhalten, kommt nichts an. Dafür ein Beispiel. Es kündigt jemand mündlich oder brieflich eine Hypothek: für sich betrachtet nur die Erklärung, ein bestimmtes Rechtsverhältnis lösen zu wollen. Gesetzt aber den Fall, diese Hypothek sei Bestandte i einer von dem Handelnden noch nicht angenommenen Erbschaft. Was ich nunmehr bezüglich seines Annahmewillens vermute, offenbart sich mir nicht aus dem vom Erben gesetzten Zeichen, obwohl es Worte sind, also spezifische Erklärungsmittel, sondern ich erschliesse es mittelbar unter weitgehendster Berücksichtigung ausserhalb der Erklärungshandlung liegender Tatsachen. Dies zur Skizzierung des Gegensatzes.

Wir wenden uns nunmehr der Erbschaftsannahme als ausdrücklicher Erklärung zu, d. h. wir werfen die Frage auf, wie die den Annahmewillen zum unmittelbaren Ausdruck bringende Erklärungshandlung beschaffen sein muss, um rechtsgeschäftlich wirken zu können.

Es wird uns hier ein bemerkenswerter Gegensatz zwischen der Theorie der nicht empfangsbedürftigen Willenerklärungen und ihrer praktischen Anwendung auf unsere Erbschaftsannahme auffallen; ein allerdings nur scheinbarer Gegensatz. Bekanntlich ist das BGB. in seinem Erbrechtsystem abweichend vom gemeinen und sächsischen Recht, dem bisherigen preussischen[1]), sowie dem französischen Recht (le mort saisit le vif) gefolgt und lässt den Erwerb der Erbschaft bereits im Augenblicke des Erbfalls eintreten. Daraus folgt, dass die Erbschaftsannahme nur die Bestätigung dieses Anfalls enthält. Diese bewirkt, dass der Erbe sein Ausschlagungsrecht verliert, dass er sofort unumschränkter

[1]) ALR. I, 9. § 367 ff.

Herr der Erbschaft wird und eine etwaige fürsorgliche Tätigkeit des Nachlassgerichts aufhört. Dadurch macht sie ihn wie zum Gläubiger aller Erbschaftsschuldner so auch zum Schuldner aller Gläubiger der Erbschaft. Sie bringt ihn in eine bestimmte Stellung, zu Testamentsvollstreckern, Legataren, Nacherben u. s. w., kurz, sie ist nicht bloss eine Erwerbshandlung an den Erbschaftsstücken, sondern gemäss der Eigenschaft der Erbschaft als einer universitas iuris derjenige Akt, durch welchen der Erbe in alle Rechtsverhältnisse endgültig succediert, die zwischen seinem Erblasser und Dritten bestanden haben, und andere, die kraft Gesetzes durch seine Erbenstellung begründet sind. Das gilt selbst dann, wenn in concreto keiner dieser Beteiligten vorhanden ist, denn die Möglichkeit ihres Vorhandenseins — dass sie im einzelnen Fall nicht vorhanden sind, dafür gibt es regelmässig bei Annahme der Erbschaft noch keine apodiktische Gewissheit — reicht aus, um den Charakter dieses Rechtsgeschäfts zu bestimmen. Der Erbe, welcher eine Erbschaft annehmen will, sieht sich also von vornherein einem bestimmten Kreis von Interessenten gegenüber, denen er seinen Willen bekannt zu machen hat, wenn es ihm ernstlich darum zu tun ist, sich ihnen gegenüber als Herren der Erbschaft zu präsentieren. Diesen Faktor wird er bei seiner Erklärung beachten müssen.

Es ist klar, dass die Art und der Grad des Wahrnehmungsbedürfnisses sich durch den Zweck der Erklärung, vorwiegend durch das Interesse desjenigen, von dem sie ausgeht, und derjenigen, denen sie zugedacht ist, bestimmt wird[1]). Bei der Erbschaftsannahme machen wir die Beobachtung, dass ein Interesse des Erben an der Wahrnehmung seiner Erklärung durch die Beteiligten fast garnicht vorhanden ist. Der Erbe erlangt seine Erbenstellung mit dem Erbfall kraft Gesetzes. Die Annahme ver-

---

[1]) Bei der Kreation eines Inhaberpapiers z. B., wo dem Aussteller aus der Kreation zunächst allein Lasten, dem künftigen Empfänger ausschliesslich Rechte erwachsen, ist die Erklärung daher schon fertig, sobald sie bloss durch die Verbindung mit dem Papier ihre verkehrsmässige Transportfähigkeit erlangt hat. Bei der Auslobung hingegen (§ 657 BGB) drängt das Interesse des Erklärenden selbst dazu, die Erklärung mit erhöhter Wahrnehmungsmöglichkeit auszustatten. Daher ist auch die öffentliche Bekanntmachung als ihre gesetzliche Erklärungsform anerkannt.

schafft ihm also nicht erst die Erbschaft, wie dem römischen heres extraneus die aditio hereditatis. Sie vermehrt seine Vermögensrechte um nichts. Allerdings steht der durch den Anfall bewirkte Vermögenszuwachs noch immer unter der negativen Resolutivbedingung der Ausschlagung. Aber diese Bedingung ist potestativer Natur, sie hängt vom Willen des Erben ab und nicht von zufälligen äusseren Ereignissen. Im Gegenteil bewirkt die Annahme sogar den Verlust eines sehr gewichtigen Rechts für den Erben, nämlich des Ausschlagungsrechts, während ihm die Erbschaft verbleibt, auch wenn er es völlig unterlässt, sich zu erklären. Auf der anderen Seite sind die Erbschaftsbeteiligten ungemein stark an der Wahrnehmung eines Willensaktes des Erben bezüglich seiner definitiven Stellung zur Erbschaft interessiert. Daraus ergibt sich, dass es meist gar kein spezielles Erklären sein wird, wodurch der Erbe seinen Annahmewillen kund gibt sondern er wird eben handeln wie einer, der sich als definitiver Erbe fühlt, er wird über die Erbschaft verfügen als wäre er Herr derselben, immiscere se hereditati, was schon im römischen Recht die Folge des Verlusts der Ausschlagungsbefugnis, des beneficium abstinendi für den heres suus nach sich zog. Diese stillschweigende Erklärung des Annahmewillens ist demnach die naturgemäss nächstliegendste Erklärungsweise des Erben. Will sich nun aber der Erbe ausdrücklich erklären, so ergibt sich aus dem Umstande, dass die Nachlassbeteiligten eine besondere Rücksichtnahme des Erben bei Kenntnisnahme seines Entschlusses nicht erwarten dürfen, die scheinbare Anomalie, dass die Erklärung fast ausschliesslich eine adressierte Abgabe erfordern wird, nämlich adressiert an die Nachlassbeteiligten. Denn wird die Erklärung von dem Erben nur vor sich hingesprochen oder ein Brief dieses Inhalts zwar geschrieben, aber nicht abgesandt, so ist eine Erklärung überhaupt nicht vorhanden. Wird hingegen die Annahmeerklärung, durch die der Erbe seiner Freiheit, sich der angefallenen Erbschaft wieder zu entledigen, entsagt, und durch die er rechtliche Beziehungen zwischen sich und den Nachlassbeteiligten schafft, an irgend einen Unbeteiligten gerichtet[1]),

[1]) So meint auch Staudinger-Herzfelder, Komm. Erl. 2 zu § 1943, es werde selten eine Erklärung als Annahmeerklärung selbst und nicht etwa nur als Ausdruck der Beabsichtigung einer solchen Erklärung angesehen werden, wenn sie einem Unbeteiligten gegenüber erfolge.

so wird darin in den seltensten Fällen eine ausdrückliche Erklärung des Annahmewillens gefunden werden können, es müsste denn sein, dass aus den Umständen das Gegenteil zu entnehmen wäre, wofür Planck[1]) das Beispiel einer Erklärung in einer Urkunde oder vor dem Notar in Anwesenheit von Zeugen anführt. Ob eine Wahrnehmung dann auch wirklich erfolgt, ist ein Ding für sich, aber es bleibt dabei, dass eine ausdrückliche Erbschaftsannahme, gleich als wäre sie von Hause aus empfangsbedürftig, in den meisten Fällen „einem andern gegenüber abzugeben ist," nämlich gegenüber irgend einem der als Empfänger allein in Betracht kommenden Nachlassbeteiligten.

Das so gewonnene Resultat ist allerdings einigermassen überraschend, steht aber zu der von uns vertretenen Auffassung nicht empfangsbedürftiger Erklärungen nicht nur in keinem Widerspruch, sondern bestätigt sogar die Notwendigkeit, das Moment ihrer Wahrnehmungsbedürftigkeit möglichst stark zu betonen, um nicht zur Einschaltung einer neuen Erklärungskategorie zwischen die bisher anerkannten Erklärungsarten unsre Zuflucht nehmen zu müssen, wie dies Binder[2]) tut, der nur auf diese Weise die beschränkte Empfangsbedürftigkeit der ausdrücklichen Annahmeerklärung systematisch zu begründen vermag.

Es muss daher mit Entschiedenheit dem Satze Binder's widersprochen werden. Die Erklärungen, die nicht gegenüber einem anderen abgegeben werden müssen, seien wenigstens teilweise nicht gegenüber keinem abzugeben, sondern nur nicht gegenüber einem durch ihren Inhalt von vornherein bestimmten Beteiligten. Denn daraus schliesst er weiter, die Bedeutung des Begriffs der Nichtempfangsbedürftigkeit erschöpfe sich in einer blossen Negation, die Anerkennung des unehelichen Kindes solle nicht gegenüber dem Kinde, die Annahme nicht gegenüber dem Nacherben oder einem anderen fest bestimmten Nachlassbeteiligten, die letztwillige Verfügung nicht gegenüber dem Erben erklärt werden müssen, um gültig zu sein. Dass E I § 74 bezgl. dieser Rechtsgeschäfte von Willenserklärungen, die nicht gegenüber einem Beteiligten gegenüber abgegeben werden müssen, gesprochen habe,

---

[1]) a. a. O. zu § 1943.
[2]) a. a. O. S. 100.

verschlägt nichts gegenüber der Tatsache, dass der zweite Entwurf sowohl, wie das BGB. eben diesen Sprachgebrauch aufgegeben haben, und als argumentum e contrario zu den Willenserklärungen, die einem anderen gegenüber abzugeben sind, nur diejenigen kennen, welche nicht einem anderen gegenüber, grundsätzlich also keinem gegenüber abzugeben sind. Grundsätzlich: denn wie wir gesehen haben, kommt es bei der Erbschaftsannahme allerdings praktisch fast darauf hinaus, als ob die Fassung des ersten Entwurfs durchgedrungen wäre.

Als ein Gewinn könnte die von Binder geforderte beschränkte Empfangsbedürftigkeit nur dann bezeichnet werden, wenn sich aus der von uns vertretenen Auffassung irgend welche unbilligen Konsequenzen ergeben würden. Im Gegenteil kann aber gerade die restriktive Formulierung Binder's, welche jede nicht gegenüber Miterben, Vorerben, Ersatzerben, Vermächtnisnehmern, Nachlassgläubigern abgegebene Erklärung verwirft[1]), weit eher zu Härten führen, indem sie den Erben, wenn er sich schon einmal ausdrücklich erklären will, ohne Not auf einen Weg verweist, der ihm manchmal unerwünscht, manchmal auch beschwerlich sein wird. Warum sollte z. B. jemand, der ein Testament macht, darin nicht zugleich gültig die Annahme einer Erbschaft erklären können? Was geschieht ferner, wenn, was ja nur selten vorkommen wird, die Erbschaft ohne jegliche Beteiligte der von Binder bezeichneten Art dasteht? Denn eine Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht, die in diesem Fall doch der einzige gangbare Weg wäre, hält Binder für unzulässig, von seinem Standpunkt aus gewiss mit Recht, weil das Nachlassgericht eben nicht als „Beteiligter" in Frage kommen kann und eine besondere Zuständigkeitsnorm für das Nachlassgericht, wie sie bezüglich der Ausschlagung in § 1945 gegeben ist, hinsichtlich der Annahme fehlt. Zuzustimmen ist Binder hingegen, wenn er sagt, die Zuständigkeitsfrage brauchte, falls die Annahmeerklärung keinen Empfänger hätte, also von unserem Standpunkte aus, nicht er-

[1]) Auch Frommhold Komm. zum BGB. Anm. zu § 1943 fasst die Erbschaftsannahme als beschränkt empfangsbedürftige Erklärung auf, indem er behauptet: Die Annahme ist die dem Nachlassgericht, einem Nachlassgläubiger oder Nachlassschuldner gegenüber abzugebende Erklärung des Inhalts, die Erbschaft endgültig behalten zu wollen.

örtert zu werden, aber gewiss nicht deshalb, weil die Annahme dann überhaupt nur geäussert werden dürfe, um gültig zu sein, sondern weil eine vor dem Nachlassrichter abgegebene Erklärung des Inhalts, die Erbschaft behalten, also auf das Ausschlagungsrecht verzichten zu wollen, den Umständen entsprechend — auch wir halten das Nachlassgericht nicht für einen Nachlassbeteiligten — als ernsthafter Ausdruck eines Rechtsfolgewillens angesehen werden muss. Darauf kommt es aber allein an. Das Nachlassgericht wird darnach eine spätere Ausschlagungserklärung dieses Erben rundweg ablehnen müssen, da sein Recht hierzu durch die bereits erfolgte, dem Richter bekannte Annahme erloschen ist. Durchaus willkürlich ist allerdings die Ansicht von Matthiass[1]), der eine ausdrückliche Annahmeerklärung überhaupt nur gelten lassen will, wenn sie vor dem Nachlassgericht abgegeben wird[2]).

Die Abgrenzung der von Binder so genannten „unmittelbaren Willensäusserungen" von den eben besprochenen beschränkt empfangsbedürftigen Erklärungen halte ich für zwecklos. Das, was mit ihr erstrebt wird, leistet uns auch das Merkmal der Wahrnehmungsbedürftigkeit, wie wir es bei sämtlichen nicht empfangsbedürftigen Erklärungen gefordert haben, wenn wir dasselbe nur richtig verstehen und insbesondere beachten, dass der hier konstruierte Gegensatz schliesslich nur auf eine Verschiedenheit des Stärkegrades dieser Wahrnehmungsbedürftigkeit hinausläuft, wie sie aus dem Wesen der betreffenden Erklärung folgt. Binder[3]) nennt als solche unmittelbaren Willensäusserungen die also nicht eine „Entäusserung des Willens gegenüber einem andern sind" die Stiftung, die Okkupation und Dereliktion, die Ausstellung eines Inhaberpapieres und die sämtlichen letztwilligen Verfügungen. Bezüglich der Okkupation und Dereliktion haben wir früher schon dargelegt, dass sie rechtsgeschäftliche Willenserklärungen überhaupt nicht enthalten, da in ihren Tatbeständen die blosse Absicht erfolgsbewirkend ist, und dass, wo diese Absicht nach aussen hin erkennbar wird, jedenfalls kein Handlungsvorgang die Handhabe für den Schluss bildet, sondern ein tatsächlicher Zustand des Habens bzw.

[1]) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II S. 452.

[2]) Dieser völlig ungerechtfertigten Meinung ist auch Strohal, das deutsche Erbrecht, S. 303.

[3]) a. a. O. S. 94.

Fehlens des Besitzes, aus dem das Vorhandensein entsprechender Willensrichtungen lediglich vermutet wird. Die drei übrigen Rechtsgeschäfte weisen insofern gemeinsame Züge auf, als bei ihnen Dritte, die an der Kenntnisnahme des zum Ausdruck kommenden Willens interessiert sind, dem Erklärenden zunächst überhaupt nicht gegenüberstehen, dass vielmehr Beziehungen zu Dritten durch die betreffenden Erklärungen originär erst geschaffen werden sollen. Aber es wäre falsch, deswegen zu meinen, dass eine beliebige Äusserung des Rechtsfolgewillens bei diesen Rechtsgeschäften genüge. Denn das Erfordernis der Wahrnehmbarkeit findet seine Rechtfertigung nicht im Interesse irgend welcher Personen, welchen die Wahrnehmung der Erklärung wünschenswert ist, sondern im Interesse des Verkehrs, der seinerseits ein bestimmtes Mass von „Deutlichkeit“ [1]) verlangt, damit er eine Willenskundgebung zu erkennen und als Erklärung anzuerkennen vermag. Bezeichnend ist es daher, dass die Form der von Binder erwähnten unmittelbaren Willensäusserungen (Inhaberpapier, letztwillige Verfügung, Stiftung) garnicht ins Belieben der Partei gestellt ist. Alle diese Erklärungen bedürfen der Schriftlichkeit. Diese einfache Niederschrift eines Willens ohne jegliche weitere Anstalten, denselben zur Kenntnis anderer zu bringen, ist in der Tat das geringste Mass von Publizität, das eine Willenserklärung noch aufweisen darf. Die Bindung durch solche Erklärungen ist auch äusserst schwach. Das Gesetz gestattet freigebig ihren Widerruf [2]). Der Verkehr steigert aber seine Anforderungen an die Deutlichkeit einer Erklärung zugunsten dritter Personen, die an der Kenntnisnahme des Willens rechtlich interessiert sind. Darauf allein ist die scheinbare Empfangsbedürftigkeit einzelner in Wirklichkeit nicht empfangsbedürftiger Willenserklärungen zurückzuführen [3]).

[1]) Cosack, Lehrbuch, I. S. 178.

[2]) Bei der Stiftung ist dieser Widerruf gemäss § 81 BGB. bis zur Genehmigung gestattet.

[3]) Nicht mehr vom Verkehr gefordert, sondern bereits aus dem Wesen des Erklärungsbegriffs zu folgern, ist dagegen die Notwendigkeit des Zugehens bei den empfangsbedürftigen Erklärungen. Hier ist auf Seiten des „Beteiligten“ auch nicht mehr ein blosses Interesse, sondern ein Recht auf Wahrnehmung begründet, kraft dessen der Wille nur dann als erklärt gilt, wenn er gerade seinem natürlichen Empfänger erklärt worden ist. Obwohl die Erbschaftsannahme aus praktischen Rücksichten vielfach eine adressierte Abgabe ver-

Schiesst Binder in dem Bestreben, für die Form der ausdrücklichen Erbschaftsannahme feste Normen zu gewinnen, über das Ziel hinaus, so bleibt Cosack[1]) hinter demselben zurück. Zwar bezeichnet er es als Formerfordernis einseitiger nicht empfangsbedürftiger Willenserklärungen, der Urheber des Rechtsgeschäfts müsse den dem Geschäft wesentlichen Inhalt „deutlich" äussern; aber er fügt hinzu, an wen sich der Erklärende mit seiner Äusserung wende, sei gleichgültig, sogar ein Selbstgespräch könne im einzelnen Falle genügen. Man fragt erstaunt, weshalb solch ein Selbstgespräch deutlich sein müsse, da es doch garnicht bestimmt ist, von jemandem wahrgenommen zu werden. Welchen Sinn soll es denn haben, von jemandem zu verlangen, dass er seinen Rechtsfolgewillen begrifflich formuliert und seine Sprachwerkzeuge in Tätigkeit setzt, da doch zunächst durch ein solches Verhalten nichts, rein nichts erreicht wird, als dass ein paar Schallwellen ungehört in der Luft verhallen. Man stelle sich nur vor, jemand erklärt allen Ernstes seinen vier Wänden, dass er fest entschlossen sei, irgend einen rechtlichen Erfolg zu verwirklichen, um die ganze Lächerlichkeit des rechtsverbindlichen Monologs zu empfinden. Ist es doch noch etwas ganz anderes, wenn jemand durch Handlungen seinen Willen betätigt oder durch die dauerhaften Zeichen einer Niederschrift bekundet. Hier bleiben doch immer gewisse Spuren des menschlichen Tuns zurück, welche den Willen erkennen lassen, auch wenn sie erst später beobachtet werden. Worte hingegen, die nur dem Augenblick dienen, sind hierzu völlig ungeeignet. Diese Art der Erklärung lehnen wir ab, auch für die Fälle, wo es sich nur um ein Rechtsgeschäft handelt, dessen Wirkungen über den Bereich des Handelnden nicht hinausgehen. — Für andere Rechtsgeschäfte, so wohl auch für die Erbschaftsannahme, interpretiert nämlich Cosack den Begriff der Deutlichkeit dahin, dass eine Äusserung deutlich sei, wenn sie irgend jemandem, der amtlich oder privatim durch das Rechtsgeschäft berührt werde, verständlich sei. Bedenklich ist es aber, wie er sich in praxi diese Deutlich-

langt, unterscheidet sie sich von einer empfangsbedürftigen Erklärung noch immer dadurch, dass für sie ein Zugehen nicht erforderlich ist. Binder hat zwar dieses Erfordernis nachzuweisen gesucht, dieser Versuch ist aber, wie schon früher gezeigt wurde, als völlig missglückt anzusehen.

[1]) Lehrbuch, S. 178 Bd. I.

keit vorstellt. Er sagt nämlich[1]): „Die Erbschaftsannahme kann z. B. durch ein Schreiben des Erben an das Nachlassgericht oder einen Miterben geschehen, mag auch das Schreiben in einer fremden Sprache verfasst sein, die das Gericht oder der Miterbe garnicht versteht. Dass eine solche fremdsprachliche Erklärung verständlich sei, wird man ohne weiteres aber nicht behaupten dürfen. Die ganze Frage wird sich nur von Fall zu Fall, je nach der Persönlichkeit der in Betracht kommenden Beteiligten[2]) und nach der Art der verwendeten Sprache entscheiden lassen. Bei der Erbschaftsannahme speziell, wo es den Erben selbst gleichgültig sein kann, ob seine Erklärung von ihren Empfängern auch wirklich verstanden wird, dürfte eine allzu rigorose Behandlung nicht am Platze sein. Immerhin wird da, wo das Bestreben absichtlicher Verdunkelung des Erklärungsinhalts zu Tage tritt, regelmässig auch ein ernsthafter Wille fehlen.

Wenig überzeugend sind die Hellmann'schen Ausführungen, die wir hier kurz noch streifen wollen Nach seiner Meinung[3]) kann der Ausdruck Willenserklärung nur da gebraucht werden, wo eine Person etwas als ihren Willen anderen Personen zum Bewusstsein zu bringen strebe; als ob dies nicht Endzweck sämtlicher rechtsgeschäftlicher Willenskundgebungen wäre. Im Gegensatz dazu stellt er, wie wir bereits wissen, die Verwirklichungsgeschäfte, bei welchen „die an sie geknüpfte Rechtsfolge mit der in ihnen zu Tage tretenden Willensäusserung zusammenfalle, wo mit anderen Worten der geäusserte Wille sich zugleich auf dem Rechtsgebiete verwirkliche“[4]). Angewandt auf die letztwillige Verfügung, fährt er fort, sobald der Tod des Erblassers eingetreten sei, trete die Wirkung der Verfügung ein, auch wenn niemand sie kenne und niemand bisher in der Lage gewesen wäre, unter normalen Verhältnissen Kenntnis von ihr zu erlangen. Wie aber, wenn gerade dieser letztere Umstand, dass die letztwillige Verfügung unter normalen Verhältnissen nicht wahrnehmbar war, die Ursache ist, weshalb sie unbekannt blieb, wenn z. B. der

[1]) Lehrbuch I, S. 178.

[2]) So sagt Staudinger-Löwenfeld, Komm. Bd. I S. 329: Wenn ein Diplomat einem anderen in einem französischen Briefe eine Willenserklärung abgibt, so ist das etwas anderes, als wenn ein Gutsbesitzer seinem Knecht einen französischen Brief schreibt.

[3]) a. a. O. S. 432.

[4]) a. a. O. S. 437.

Testator in aussergewöhnlicher Weise, vielleicht nur aus übertriebener Ängstlichkeit, sein letzter Wille könnte vorzeitig bekannt werden, für die Verheimlichuug seiner Verfügung Sorge getragen hat? Das Vorhandensein einer Willenskundgebung kann nicht in Frage gestellt werden, wohl aber muss bezweifelt werden, dass die an sie geknüpfte Rechtswirkung sich auch bei solcher Sachlage verwirklicht. Nicht mit der Äusserung allein, wie Hellmann meint, erlangt schon der letzte Wille seine objektive Erkennbarkeit, dazu bedarf es vielmehr noch anderer Voraussetzungen, als deren wesentlichste eben die erscheint, dass sie nach den durchschnittlichen Verhältnissen des Lebens wahrnehmbar gemacht ist[1]).

Ähnlich steht es mit der Anwendung der Hellmann'schen Unterscheidung auf die anderen Verwirklichungsgeschäfte, die übrigens wie seine Aufzählung ergibt, mit unseren nicht empfangsbedürftigen Erklärungen identisch sind. Was speziell die Erbschaftsannahme betrifft, so zählt er sie zunächst zu den Verwirklichungsgeschäften, zieht aber, wie aus einer Anmerkung hervorgeht, auch die Möglichkeit in Betracht, dass sie auf fremde Rechtskreise einwirkt. Was Hellmann damit sagen will, ist nicht recht klar; er scheint dabei an das Vorhandensein von Nachlassbeteiligten zu denken. Für den Fall dieses Vorhandenseins wäre man nun geneigt, eine „Erklärung" zu fordern. Aber Hellmann lenkt ein, die Erbschaftsannahme muss sich auch jetzt mit blosser Willensäusserung begnügen, weil sie insofern zu den Rechtsgeschäften zähle, „die erfahrungsgemäss als eine für den Betroffenen erwünschte Einwirkung auf seinen Rechtskreis angesehen würden"[2]). Fassen wir den unerfreulichen Eindruck dieser Deduktion zusammen, so wäre zu sagen, die ausdrückliche Erbschaftsannahme Hellmann's bedarf zwar grundsätzlich nur einer „Willensäusserung", soweit sie aber auf fremde Rechtskreise einwirke und deshalb eigentlich eine Willenserklärung erfordere, erscheint wiederum

---

[1]) Sehr richtig sagt daher Hölder, Allg. Teil, S. 290, gegen Hellmann: „Ein Testament, das nicht bestimmt ist, zur Kenntnis anderer zu kommen, ist ein Unding, kann doch seine Geltung nicht gewollt sein, ohne dass seine Beachtung und damit seine Kenntnis gewollt ist.

[2]) Als solche nennt er die Geschäftsführung ohne Auftrag, das Versprechen auf Leistung an einen Dritten, die Leistung an den Gläubiger eines Dritten.

kraft einer Ausnahme eine blosse Willensäusserung als ausreichend. Für Hellmann bedeutet dies, dass die Erklärung vorgenommen werden kann „auch ohne dass dem Dritten, auf den sich die Einwirkung bezieht, die objektive Möglichkeit verschafft wird, von der Absicht dieser Einwirkung Kenntnis zu nehmen". Denkt Hellmann auch zunächst hier nur an das mangelnde Erfordernis des Zugehens der Äusserung, so wissen wir doch andererseits bereits, dass er jene beschränkte Wahrnehmbarkeit der Erklärung, wie wir sie gefordert haben, nicht kennt[1]) Aus diesen Prämissen dürfte demnach für eine richtige Erkenntnis der Form der Erbschaftsannahme schwerlich ein brauchbares Resultat zu erwarten sein.

VI

Die stillschweigende Erbschafssannahme

Wir bleiben also bei unserem bereits gewonnenen Ergebnis stehen, wonach eine ausdrückliche Erklärung, die Erbschaft annehmen zu wollen, stets dann vorliegt, wenn sie entweder gegenüber einem Nachlassbeteiligten erfolgt oder unter Umständen geschieht, welche sonst die Ernsthaftigkeit des zum Ausdruck gebrachten Willens, das Wollen des Erklärten bestätigen. Die Funktion solcher Umstände ist jedoch eine ganz andere wie bei der stillschweigenden Erklärung, der wir uns im Folgenden zuwenden wollen. Während sie dort in Verbindung mit dem äusseren Verhalten des Handelnden den Gesamttatbestand bilden helfen, der die Unterlage für den Schluss auf den Willen abgibt, stehen sie bei der ausdrücklichen Erklärung im Dienste des dieser innewohnenden Wahrnehmungsbedürfnisses und kommen für den, der von der Erklärung Kenntnis nimmt, einzig und allein als Auslegungsmittel des wahrgenommenen Handlungsvorgangs in Betracht.

Wir hatten das Wesen der Ausdrücklichkeit dahin fixiert, dass die Erklärungshandlung für sich schon so beschaffen sein muss, dass sie hinsichtlich des Willens des Erklärenden entsprechende Vorstellungen in einem andern zu erwecken vermag. Die ge-

[1]) Die wesentliche Eigenschaft der Willensäusserung besteht für Hellmann eben gerade darin, dass sie sich ausschliesslich im Rechtsgebiet des Handelnden vollendet.

bräuchlichsten Erklärungsmittel hierfür sind Sprache und Schrift, aber auch andere bezeichnende Körperbewegungen, wie das Nicken bezw. das Schütteln des Kopfes, der Handschlag, das Hinweisen mit dem Finger, welche im täglichen Leben einen festen Kurswert für den menschlichen Gedankenaustausch erlangt haben.

Ergeben sich infolge einer Mangelhaftigkeit des gewählten Ausdrucks Zweifel bezüglich der Wirklichkeit des zunächst erkennbaren Willens — ein Fall, der bei der Raschheit und Flüchtigkeit des heutigen Verkehrs nicht selten ist — so greift die Vorschrift des § 133 BGB. Platz, welcher lautet: „Bei der Auslegung des Willens ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften". Das bedeutet nun keineswegs, dass der Ausdruck, wie er nun einmal vorliegt, für die Willensforschung überhaupt gleichgültig ist, nicht gegen den Sinn des Ausdrucks schlechthin, sondern nur gegen seinen „buchstäblichen" Sinn ist die Vorschrift gerichtet. Ist somit das Sprachgesetz kein absolutes Hindernis für die Auslegung, so darf diese doch niemals soweit gehen, dass der ermittelte Wille zu dem Wortlaut in Widerspruch tritt. Nach Planck[1]) müssen die Worte so beschaffen sein, dass sie wenigstens möglicherweise als Erklärung des Willens angesehen werden können.

Für die stillschweigende Erklärung existiert selbst diese Schranke nicht mehr. Gerade erst, indem sie durchbrochen wird und ferner liegende Momente herangezogen werden, offenbart sich die dem zunächst sich kundgebenden Handlungswillen zu Grunde liegende rechtsgeschäftliche Absicht[2]). Der Unterschied zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung ist ein solcher der Willensfindung, je nachdem diese vermöge blosser

[1]) a. a. O. I., S. 185.

[2]) Erlässt z. B. der berufene Erbe einem Erbschaftsschuldner seine Schuld, so kann ein solches Verhalten sowohl als ausdrückliche, wie als stillschweigende Erklärung gewürdigt werden. In ersterer Hinsicht muss die Auslegung Halt machen, sobald sie zu folgendem Resultat gelangt ist: Es liegt ein Wille vor, kraft dessen A auf seine Forderung gegen B verzichtet; denn das ist der gemeinverständliche Sinn des verwendeten Ausdrucks. Geht man nun weiter und folgert in Berücksichtigung des Umstandes, dass A Erbe ist und irgend welcher anderen Tatsachen, dass er Erbe bleiben wolle, so stimmt der so gefundene Wille mit dem Sinne des Ausdrucks in nichts mehr überein, das heisst die Erklärung ist stillschweigend erfolgt.

Auslegung des gegebenen Willensausdrucks oder des Schlusses, der Konkludenz, geschieht. Wenn nun auch bei der ausdrücklichen Erklärung von dem sprachlichen oder sonstigen Ausdruck auf den Willen geschlossen werden muss und es richtig ist, wie Leonhard[1]) sagt, dass die Sprachregel nur eine Unterart der Verkehrssitte sei, so vollzieht sich dieser Schluss doch so häufig und gewohnheitsmässig, dass er als solcher gar nicht mehr empfunden wird. Unter schliessen versteht man aber eine bewusste geistige Tätigkeit, bei welcher aus gegebenen Urteilen ein neues abgeleitet wird. Nur die stillschweigende Willenserklärung ist also eigentlich ein „schlüssiges Verhalten". Bei der ausdrücklichen hingegen wird der zu Begriffen geklärte und durch entsprechende Zeichen sinnfällig gemachte Willensinhalt von dem Erklärungsempfänger nur perzipiert und löst bei ihm von selbst die geeigneten Vorstellungen aus[2]).

Auf den unfruchtbaren Streit über das Wesen der stillschweigenden Willenserklärung des näheren einzugehen, liegt für uns keine Veranlassung vor[3]). Ein kurzer Überblick möge genügen. Man unterscheidet die subjektiven und die objektiven Theorien. Die ersteren suchen das Kriterium des Gegensatzes zwischen ausdrücklich und stillschweigend im Willen des Handelnden, der sich ausdrücklich erkläre, wenn er die Absicht habe, durch seine Handlung einen Willen zu äussern, stillschweigend, wenn ohne diese Absicht auf seinen Willen geschlossen werde; oder sie verlegen dieses Kriterium in den Zweck der Erklärung, indem sie darnach unterscheiden, ob der Handelnde Erklärungsmittel

---

[1]) Allg. Teil, S. 281 Anm. 2.

[2]) S. Brinz, Pand. IV, S. 270: Stillschweigende Erklärung ist diejenige, bei welcher der mitunterlaufende Sinn nicht durch Aug und Ohr, sondern nur durch den Verstand mittels Folgerung erfasst wird.

[3]) Bekanntlich hat Zitelmann: Irrt. u. Rechtsgesch. S. 259 die Ansicht ausgesprochen, wenige Lehren des gemeinen Rechts ständen so tief unter der Höhe der allgemeinen wissenschaftlichen Entwicklung des Civilrechts wie diese; und Hartmann im Arch. f. d. civ. Praxis, Bd. 72, S. 174 hat sich ähnlich dahin geäussert, der ganze herrschende Schematismus von ausdrücklichen, von stillschweigenden, von präsumierten und fingierten Willenserklärungen lasse den Beweis der inneren sachlichen Güte und Fruchtbarkeit gänzlich vermissen. Diese Äusserungen mögen genügen, um uns von einer Aufrollung dieser Frage in dem beschränkten Rahmen unseres Themas abzuhalten.

wählt, welche die Kundgebung des Willens unmittelbar bezwecken oder ob er zunächst einen anderen Zweck verfolgt.

Aber auch eine konkludente Handlung kann mit Erklärungswillen vorgenommen werden und die Zahl der Zwecke kann nicht entscheidend sein, weil, wie Hartmann[1]) mit Recht hervorhebt, dann bei jeder stillschweigenden Erklärung ein Doppelzweck nachweisbar sein und darnach das blosse Schweigen aus der Zahl der stillschweigenden Erklärungen gänzlich gestrichen werden müsste. Es kann jemand aber auch mit einer ausdrücklichen Erklärung einen doppelten Zweck verfolgen, wofür Leonhard[2]) ein Beispiel anführt: Man denke an den Kauf eines Hauses seitens einer Person, welche unter der Bedingung dieses Geschäfts ein Vermächtnis erhalten hat.

Im Gegensatz zu diesen Theorien lehnen es die objektiven Theorien ab, das unterscheidende Merkmal in einem psychischen Moment auf seiten des Handelnden zu suchen, um nicht die Unterscheidung von subjektiven Zufälligkeiten abhängig zu machen[3]). Sie finden dieses Merkmal in einem objektiven Moment, nämlich der Beschaffenheit der Erklärungshandlung, indem sie dabei auf die objektive Bestimmung, welche Sitte, Gewohnheit und Recht ihr gegeben haben, den entscheidenden Wert legen. So lässt Zitelmann die „Regel des Lebens", „den Durchschnittsmassstab des täglichen Verkehrs" entscheiden, und Windscheid[4]) nennt ausdrückliche Willenserklärungen „Äusserungen, die nach der Volkssitte oder kraft besonderer Festsetzung die Bestimmung haben, diesen Willen zu erklären", während er unter stillschweigender Erklärung ein Benehmen versteht, „welches auf das Vorhandensein eines Willens einen sicheren Schluss gewährt".

Eine gewisse Begründung finden die objektiven Theorien darin, dass es bei Erforschung der rechtsgeschäftlichen Absicht gar nicht auf feine psychologische Differenzierungen ankommt, sondern ein Wille in Frage steht, der einem allgemeinen und häufig wiederkehrenden Bedürfnis nach zweckmässiger Anordnung menschlicher Verhältnisse entspringend, in typischer Gleichmässigkeit im Rechts-

[1]) a. a. O. S. 168.
[2]) Irrtum, S. 196.
[3]) Zitelmann, S. 261. a. a. O.
[4]) Pand. Bd, I. 6. Aufl., S. 199.

verkehr auftritt und eben deshalb in den verschiedenen Rechtsgeschäften seine Anerkennung und Regelung seitens des objektiven Rechts finden konnte. Die Gefahr bei diesen Theorien liegt vor allem darin, dass sich, indem einer bestimmten Anzahl von Handlungen auf Grund der Sitte und Gewohnheit, die Bestimmung zugesprochen wird, Ausdruck eines rechtsgeschäftlichen Willens zu sein, der Gegensatz zwischen ausdrücklich und stillschweigend schliesslich in einen solchen zwischen „gewöhnlich" und „ungewöhnlich" verflüchtigt, wobei sich die Grenzlinien naturgemäss leicht verwirren [1]).

Eine fernere Gruppe von Theorien legt den Nachdruck bei der stillschweigenden Erklärung darauf, dass sie zugleich zur Herstellung eines gewollten realen Erfolges [2]) dient, dass sie nicht

---

[1]) An dieser Stelle ist auch die Theorie Leonhard's zu erwähnen (Irrtum S. 197 ff.) Er unterscheidet das declarare expressis verbis von den expressim declarare. Letzteres bedeute schlechthin „dasjenige, was einen Gedanken ausdrücke" (S. 207), stehe also im Gegensatze zu einer „undeutlichen", „schwerverständlichen", nicht aber zur „stillschweigenden" Erklärung. Der Gegensatz zum tacite conventum sei vielmehr das verbis expressum der Quellen. Demgemäss definiert er die ausdrückliche Erklärung als diejenige, bei welcher „der Gedanke in die nach dem Sprachgesetze zu seiner Bezeichnung bestimmten Worte eingekleidet und in diesen geäussert wird", während er als eine stillschw. Erkl. bezeichnet, „jede Klarlegung des Gedankens in einer anderen Form als in den nach den Sprachgesetzen für ihn bestimmten Worten." Diese Ansicht meidet zwar die oben bezeichnete Gefahr dadurch, dass sie als objektiven Massstab an die Stelle der Volkssitte das präzisere Sprachgesetz treten lässt. Aber gerade in dieser Präzision liegt auch ihr Fehler. Sollen auch nach Leonhard zunächst die sprachlichen Eigentümlichkeiten des Urhebers, soweit sie erkennbar sind, sodann die Sprachgesetze, denen sich der Erklärende anscheinend unterwirft, schliesslich der partikuläre Sprachgebrauch einer Personenmehrheit (z. B. Dialekt) für die Auslegung herangezogen werden, immer würde darnach die Auslegung an dem Sprachgesetz seine Schranke finden, und z. B. ein blosses Vergreifen im Ausdruck, wobei aber der Wille noch klar zum Vorschein kommt, die Erkl. aus einer ausdr. in eine stillschw. verwandeln müssen. Allerdings ist das nur eine Konsequenz aus der oben erwähnten Formulierung, nicht etwa Leonhard's Meinung. Aber auch Schlossmann, Vertrag, S. 118 ist der Ansicht, dass uns nichts hindert, auch eine durch momentane Einflüsse, z. B. durch Versprechen, Verschreiben herbeigeführte Abweichung von dem gewöhnlichen Gebrauch der Worte zu beachten.

[2]) S. Kohler, Arch. f. bürg. R. Bd. I. S. 318.

bloss „Willensmitteilungshandlung“, sondern vor allem „Willensausführungshandlung“[1]) ist.

Dagegen muss eingewendet werden, dass ein und dieselbe Handlung sowohl einen Willen mitteilen als auch den Umständen nach Ausführungshandlung eines andern Willens sein kann. In letzter Linie sind wir also von diesen Meinungen wieder auf subjektive Unterscheidungsmomente verwiesen[2]).

Schliesslich sei hier noch der auf streng induktivem Wege vorschreitenden Untersuchungen Ehrlichs[3]) über die stillschweigende Willenserklärung gedacht. Er betrachtet sein dabei gefundenes Resultat selbst als kein positives, insofern sich zeige, dass das, was in Theorie und Rechtsprechung als stillschweigende Erklärung bezeichnet würde, stets sich als Subsumption eines Tatbestandes unter einen Begriff herausstelle, der auf diesen Tatbestand gar nicht passe. Er hält das Problem der stillschweigenden Willenserklärung überhaupt nicht für ein „einheitliches, sondern ein Konglomerat von Problemen, kein Rechtsinstitut, sondern ein ganzes System neuer, noch um ihre Existenz ringender Rechtsnormen.“ Unter Ausscheidung einer Anzahl von Tatbeständen, die irrtümlich unter diese Kategorie gestellt wurden, behauptet er von den übrigen, „dass sie in Handlungen beständen, die zu dem Zweck vorgenommen würden, um den Geschäftswillen kund zu tun, allerdings vom Standpunkte der Erklärungstheorie aus genommen: das heisst, sie beständen nicht notwendig in Handlungen, die von diesem Willen tatsächlich geleitet worden seien, wohl aber in Handlungen, die in dem anderen Teile den Geisteseffekt hervorbrächten, es liege ihnen der Geschäftswille zu Grunde.“ Eine Abgrenzung der stillschweigenden gegenüber der ausdrücklichen Erklärung, worauf es uns hauptsächlich ankommt, ist damit ganz gewiss nicht gewonnen, von Ehrlich auch wohl nicht versucht; es sei denn die negative Abgrenzung, die Ehrlich auf Grund seines reichhaltig gesammelten Materials als sicher feststellen zu können meint, dass die stillschweigende Willenserklärung von der ausdrücklichen sich nicht dadurch unterscheide, dass sie

---

[1]) Sohm, Institut. S. 204. Anm. 3.

[2]) Ein verneinender Standpunkt bei Hartmann a. a. O. S. 166. Im Anchluss an ihn bei Regelsberger, Pand. S. 503.

[3]) Ehrlich, die stillschweigende Willenserklärung (1893.) S. 286 ff.

in solchen Handlungen bestehe, die nicht zu dem Zweck vorgenommen würden, um als Ausdruck des Geschäftswillens zu dienen.

Obwohl von den besprochenen Theorien das Merkmal der Unterscheidung stets auf Seiten des Erklärenden gesucht wurde, fast nie auf Seiten des die Erklärung wahrnehmenden Dritten, so scheint sich doch grade von dieser Seite ein einigermassen brauchbares Resultat für die Abgrenzung gewinnen zu lassen, wenn wir als Ziel der Willenserklärung das Klarwerden des Willens ins Auge fassen und die Verschiedenheit des Weges berücksichtigen, auf welchem bei der ausdrücklichen und stillschweigenden Erklärung der Wille für den andern Teil klar wird. Während bei der ersteren sich die Klarwerdung des Willens durch die erklärende Tätigkeit des Handelnden selbst vollzieht, deren Effekt der Dritte nur noch mit seinen Sinnen zu erfassen braucht, geschieht sie bei der stillschweigenden ausschliesslich vermöge der schliessenden Tätigkeit dieses Dritten. Der Empfänger der ausdrücklichen Erklärung braucht den gegebenen Ausdruck nur zu analysieren, hingegen ist zur Erkenntnis des stillschweigend erklärten Willens die Synthese erforderlich. Ausdrückliche Erklärung ist eine Handlung von allgemeiner Verständlichkeit, die auch ohne die Kenntnis konkreter, den Einzelfall beherrschender, Umstände für jeden, der sie wahrnimmt, wenigstens den annähernd gleichen Sinn ergibt. Stillschweigende Erklärung hingegen eine solche, welche nur relativ als Willensausdruck gilt, nämlich nur für denjenigen, welcher über die Kenntnis auch nur mittelbar in Beziehung zur Handlung stehender Umstände verfügt, von welchen er in Verbindung mit der Handlung auf den Willen zu schliessen vermag.

Unter diesem Gesichtspunkt betrachten wir nunmehr die stillschweigende Erbschaftsannahme, die bereits den Römern unter dem Namen pro herede gestio bekannt war. Wenn wir die Erbschaftsannahme ein formloses Rechtsgeschäft nannten, so gilt dies ganz besonders von der stillschweigenden Annahme. Sehr klar kommt dies z. B. in § 7 J. de hered. qual. II. 19, zum Ausdruck, wo die verschiedenen Möglichkeiten einer pro herede gestio aufgezählt werden, und als ihr gemeinsames Merkmal genannt wird: pro herede gerere est pro domino gerere. Die pro herede gestio kennzeichnet sich

demnach als eine Bekundung des Herrschaftswillens bezüglich der Erbschaft, die in Anbetracht des Umstandes, dass der Delat die Erbschaft noch nicht angetreten hat, als Ausdruck seines Antretungswillens angesehen wird.

Dass der Erbe, welcher sich wie ein dominus mit der Erbschaft zu schaffen macht, dadurch sein Recht, die Erbschaft auszuschlagen, einbüsst, kann in einem doppelten Sinn gedeutet werden; und in der Tat haben sich in den Kommissionen zur Bearbeitung des BGB., wie die Protokolle zeigen, diese beiden Auffassungen gegenüber gestanden. Einmal kann man der pro herede gestio den Sinn einer wirklichen Erklärung des Annahmewillens beilegen, dann aber kann man die eintretende Folge auch als Strafe auffassen dafür, dass der Delat sich mit der Erbschaft zu tun gemacht hat, ohne den Willen zu haben, sie zu behalten.

Für die Immixtion der sui heredes unterliegt es keinem Zweifel, dass sie diesen poenalen Charakter wenigstens ursprünglich gehabt hat. Bekanntlich waren die römischen Haussöhne necessarii heredes, d. h. sie erwarben die Erbschaft nicht erst durch den darauf gerichteten Willensakt, sondern waren, indem Delation und Acquisition in eins zusammenfielen, wie die Erben des BGB., schon mit dem Erbfall ipso iure Erben [1]). Erst später wurde den sui heredes durch den Prätor ein beneficium abstinendi gegeben, welches der mündige Haussohn (l. 11 D. de a. v. v. h. 29,2) aber durch se immescere hereditati, eine Einmischung in die Erbschaftsangelegenheiten nach Art eines pro herede gestor, wieder verlor. Dabei brauchte sich in seinem Verhalten ein Annahmewille garnicht zu betätigen. Ohne Rücksicht auf einen solchen Willen galt es z. B. stets als Einmischung, wenn er Erbschaftssachen an sich zog: si quis suus retinere se hereditatem nolle, aliquid autem ex hereditate amoverit, abstinendi beneficium non habebit, l. 71 D. 29,2. Indem auf diese Weise das als

[1]) Necessarii vero ideo dicuntur quia omnimodo sive velint sive nolint tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt, § 2 J. II, 19. Der Grund dieser Erscheinung war eine Art Gütergemeinschaft, welche den Erblasser mit seinen Angehörigen zu seinen Lebzeiten verband, so dass der Zwangserwerb für diese weniger eine Erbschaft als eine continuatio dominii bedeutete. l. 11 D. 28,2.

Rechtswohltat gedachte Ausschlagungsrecht verloren ging, bekam die Folge der Immixtion allerdings den Charakter einer Strafe. Dies geht auch ferner daraus hervor, dass eine nachträgliche Aufhebung der Erbenstellung nur unter dem Gesichtspunkt einer restitutio in integrum zulässig war[1]).

Für die übrigen Formen römischer Erbschaftsannahme lässt sich dieses poenale Element nirgends nachweisen, speziell nicht für die pro herede gestio des heres extraneus. Hier war das Erbrecht von vornherein auf der Gleichberechtigung des Annahme- und Ausschlagungsrechts aufgebaut, und es konnte die pro herede gestio schon deshalb nicht als ungewollte, unerwünschte Zwangsfolge angesehen werden, die sie in Gegensatz zur aditio stellte, weil die aditio sich wahrscheinlich überhaupt erst aus der pro herede gestio heraus entwickelt hat, mithin die ursprüngliche Annahmeform des heres extraneus gewesen ist. Es kann also für das römische Recht die Auffassung als ausgeschlossen gelten, die pro herede gestio bedeute, „dass der Erbe, der sich in die Erbschaft einmische, im Interesse der übrigen Nachlassbeteiligten und gewissermassen zur Strafe sich nunmehr dauernd als Erben behandeln lassen müsse." (Prot. II).

Auch im BGB. fehlt es einer solchen Auffassung des Instituts an jeglichem Boden[2]). Die stillschweigende Annahme besitzt daher den Charakter einer echten Willenserklärung. Gegen ihre Zulassung aber wurden in den Kommissionen zahlreiche Bedenken geltend gemacht[3]). Man berief sich auf die Unsicherheit aller stillschweigenden Erklärungen, die bei der pro herede gestio am empfindlichsten hervortrete, zumal der Schluss von der Handlung auf den Willen bei ihr vielfach zu zweideutigen Ergebnissen führe. Es wurde auch befürchtet, dass sich in der Praxis Unzuträglichkeiten daraus ergeben würden, wenn Gläubiger, die

[1]) Der impubes suus bedurfte der rest. in integr. nicht, da ihm die Einmischung in die Erbschaft nichts schadete.

[2]) Schon die Motive Bd. V S. 495 waren der Meinung, dass sie weder der geschichtlichen Entwicklung noch dem geltenden Recht entspreche, und dass die angerufenen Stellen des Code civil, Art. 792 und des Hessischen Entwurf nur das Verheimlichen von Nachlassgegenständen (diverti ou recélé) nicht eigentlich die pro herede gestio beträfen.

[3]) S. Motive, Bd. V. a. a. O. ff.

zunächt ihre Ansprüche nicht vorgebracht hätten, nach längerer Zeit auf eine derartige stillschweigende Annahme zurückgreifen möchten, und dass mitunter ein Erbschein infolge eines solchen nachträglich geführten Beweises sich als unrichtig herausstellen könnte. Man scheute sich ferner, eine so wichtige, mit dinglicher Wirkung gegen eine unbestimmte Zahl von Beteiligten wirksame Erklärung bezüglich ihrer Form so völlig ins freie Belieben des einzelnen zu stellen, da ihr doch die streng formalisierte Ausschlagungserklärung gegenüberstehen sollte. Schliesslich wollte man bei der Kürze der Ausschlagungsfrist ein praktisches Bedürfnis für die Zulassung der pro herede gestio überhaupt nicht anerkennen.

Jedoch haben alle diese Einwendungen der stillschweigenden Annahmeerklärung den Weg ins BGB. nicht zu versperren vermocht. Der freiheitliche Verkehr hätte sich doch schliesslich über diese Schranke hinweggesetzt. Es war daher nur Aufgabe des Gesetzes, die mit der Zulassung dieses Instituts immerhin verbundenen Gefahren für die Rechtssicherheit einzudämmen, was denn auch hie und da geschehen ist[1]).

Uns interessiert hier vor allem derjenige Einwand, der sich gegen die pro herede gestio als stillschweigende Erklärung richtet.

Was die Vieldeutigkeit der pro herede gestio anbelangt, so wird in zahlreichen Quellenstellen, z. B. in fr. 14 § 8 D. de relig. 11,7, fr. 20 pr. 29,2, fr. 20 § 1 D. 29,2, fr. 78 eod. auf sie hingewiesen, und zwar werden Fälle angeführt, in denen die Handlung nicht nur als Kundgebung des Annahmewillens, sondern teils zugleich als Pietätsakt, teils als eine bloss fürsorgliche Tätigkeit des Erben hinsichtlich des Nachlasses aufgefasst werden kann. Isay[2]) hat sich auf diese Stellen vorzugsweise berufen, um an ihnen den einzigen innerhalb der Willenserklärungen nach seiner Meinung nachweisbaren Gegensatz zwischen „echten“ und „unechten“ Erklärungen zu begründen, indem er als unecht diejenigen Erklärungen bezeichnet, welche infolge einer Mehrdeutigkeit des Erfahrungsobersatzes nur einen disjunktiven Schluss auf den Annahmewillen zulassen. Ob hierin wirklich gerade eine Eigenart der Willenserklärung zu finden

[1]) S. z. B. Die Vorschriften über den Erbschein, §§ 2353 ff.

[2]) Willenserklärung S. 38 ff.

ist, oder ob nicht eine willkürlich disjunktive Formulierung des Erfahrungsobersatzes die Schuld trägt, wollen wir dahin gestellt sein lassen. Jedenfalls ist auch bei andern Erklärungen der Obersatz in gewisser Weise disjunktiv, indem entweder der zunächst erkennbare Wille vorliegt oder ein anderer, falls durch Irrtum eine Diskordanz zwischen Wille und Erklärung verursacht worden ist, oder schliesslich gar keiner, wenn der Erklärende scherzt oder simuliert. Auch eine an sich echte Erklärung kann, ohne dass sich der Erklärende dessen zunächst bewusst ist, einen doppelten Sinn haben. Erkennt er dann die Zweideutigkeit seines Ausdrucks, so wird er sich durch entsprechende Zusätze oder eine andere Fassung salvieren, sonst tritt die in fr. 38 § 18 D. 45,1 angedrohte Folge ein: in stipulationibus, cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt. Bei wortlosen Erklärungen hilft dann eben nur ein wörtlicher Zusatz, die von Isay beschriebene testatio. Wie hier der Erklärende sich gegen die ihm nachteilige Deutung seines Tuns durch Gegenbeweis schützen muss, so auch bei den „unechten" Erklärungen. Einen wesentlichen Unterschied der Erklärungen vermag ich in dieser Richtung nicht einzusehen[1]). —

Untersuchen wir nun, wie die Handlungen beschaffen sind, welche den Willen des Erben, die Erbschaft anzunehmen, zum Ausdruck bringen. Aus den Protokollen[2]) geht hervor, dass angeregt worden war, einzelne Handlungen dieser Art casuistisch zu bezeichnen, welche unzweifelhaft als Erklärung der Annahme aufzufassen seien. So spricht sich einer der zu diesem Punkte gestellten Anträge dahin aus, dass als solche Erklärung anzusehen sei die Veräusserung oder Belastung eines Nachlassgegenstandes und die Vornahme eines die Änderung eines erbschaftlichen Rechts unmittelbar bezweckenden Rechtsgeschäfts, es wäre denn, dass diese Handlung zur laufenden Verwaltung des Nachlasses gehöre oder mit Zustimmung des Nachlassgerichts vorgenommen werde. Ein anderer Antrag suchte eine negative Begrenzung zu geben, indem er eine solche Willenserklärung im Zweifel nicht aus einer Handlung entnehmen lassen wollte, welche die Ermittelung des Nachlassbestandes oder die Sicherung eines Nachlassgegenstandes

[1]) Dieser Meinung ist auch Hellmann, a. a. O. S. 445.
[2]) Prot. Bd. V. S. 619.

gegen dringende Gefahr bezweckte. Man kam jedoch darin überein, dass sich die pro herede gestio erschöpfend im Gesetz überhaupt nicht darstellen lasse und hat daher die Entscheidung der Praxis überlassen.

Es muss daher von Fall zu Fall geprüft werden, ob aus einem Verhalten des Erben der Wille hervorgeht, die Erbschaft dauernd behalten zu wollen. Da es dem Erben nicht verwehrt ist, erbschaftliche Geschäfte bereits vor der Annahme vorzunehmen[1]) (§ 1959 BGB.), so kann aus einer Einmischungshandlung an sich der Wille noch nicht gefolgert werden, und es werden notwendig andere Umstände herangezogen werden müssen, um den aus der Handlung selbst voreilig gezogenen Schluss seiner Zweideutigkeit zu entledigen. Solche Umstände können z. B. in der Persönlichkeit des Erben gefunden werden, in Äusserungen, die er andern gegenüber getan hat[2]), schliesslich in den Verhältnissen der Erbschaft selbst. So wird es von grossem Einfluss auf die Beurteilung sein, ob die Erbschaft ein Aktivum oder ein Passivum darstellt. Bei einer reichen Erbschaft wird schon aus geringfügigen Einwirkungen der Annahmewille zu folgern sein, bei einem ungeordneten überschuldeten Nachlass hingegen die Alternative der bloss fürsorglichen Nachlassbehandlung näher liegen[3]).

Wie wir sahen, liegt es im Wesen der stillschweigenden Erklärung, dass der Wille nur für den klar, d. h. natürlich eindeutig klar wird, der über eine genügende Kenntnis von Umständen verfügt, welche ihn zu diesem Schluss befähigen. Wir werden also nicht in den Isay'schen Fehler verfallen, aus blossen Einmischungshandlungen schon den Willen des Erben erkennen zu wollen. Es ist durchaus falsch, von vornherein bei der stillschweigenden Annahmeerklärung nur auf Einmischungshandlungen abzustellen. Es wird immer nur gefragt, welche Bedeutung ge-

[1]) Auch dem römischen Erben waren, wenn er deliberiert hatte, erbschaftliche Geschäfte, z. B. Einsicht in die instrumenta, die Erbschaftspapiere, erlaubt. Auch konnte er adito praetore dringende Erbschaftsschulden tilgen und der Verschlechterung ausgesetzte Sachen verkaufen. l. 5 § 1 D. 28,8.

[2]) S. Cosack, a. a. O. Bd. I. Beisp. I zu § 59 I.

[3]) Die Interpretation müsste hierbei dem Grundsatz der l. 3 D. de rebus dubiis 34,5 folgen, wo es heisst: in ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat, quod volumus. Bleibt das quod volumus dunkel, so ist die zweideutige Willensäusserung wirkungslos.

winnt eine Einwirkung auf den Nachlass, wenn sie von dem Erben vorgenommen wird. Man behauptet von diesen Handlungen, dass in ihnen „der Regel nach" der Annahmewille des Erben zum Vorschein komme, gibt aber, wie z. B. auch Böhm[1]), zu, dass sie im einzelnen Falle auch einer anderen Absicht entsprungen sein können, z. B. wenn der Berufene Nachlassschulden aus Pietät zahle. Ich meine, dass infolge der dem Erben eigentümlichen Doppelpersönlichkeit als Erbe und selbständiges Rechtssubjekt, von wenigen Ausnahmen abgesehen, fast immer die Möglichkeit einer doppelten Deutung gegeben ist und dass es keine Regel der Erfahrung gibt, welche diese Handlungen für die Erkenntnis des Annahmewillens als besonders schlüssige kennzeichnet. Warum sollte auch nicht der berufene Erbe durch Äusserungen an Unbeteiligte, er sei Erbe, nicht ebenso gut seinen Annahmewillen erraten lassen können, zumal wenn man weiss, dass er vielleicht ein armer Teufel ist, der durch die Annahme plötzlich zu Reichtum gelangen würde? Auch die Römer liessen eine spezielle Äusserung des Erben se heredem esse unter Umständen als stillschweigende Annahme gelten: nam ita respondendo pro herede gessisse videtur, l. 12 pr. D. XI, 1. Wie diese Äusserung, so ist auch die Einmischungshandlung für sich allein nicht Willenserklärung, es müssen auch hier noch andere Umstände hinzutreten, welche das Klarwerden des Willens bewirken. Allein auf diese mangelhafte Würdigung der Umstände, welche der Handlung des Erben erst die Bedeutung einer Willenserklärung geben, ist die Disjunktivität des Erfahrungsobersatzes, wie sie Isay für die pro herede gestio behauptet, zurückzuführen. Die Willenserklärung ist nur deshalb unecht, weil hier lediglich aus der Erbeneigenschaft des Handelnden in Verbindung mit der Einwirkung auf den Nachlass auf einen Annahmewillen geschlossen wird. Dabei wird allerdings nur in den seltensten Fällen der Wille schon eindeutig klar.

Auch Binder[2]) kennt als stillschweigende Annahmeerklärungen nur Einmischungshandlungen in Erbschaftsangelegenheiten. Auf diese Weise sieht er sich genötigt, Handlungen, in welchen eine Äusserung des Erbeseinwollens erblickt werden *kann* und solche, in denen notwendigerweise die Erbschaftsannahme gefunden werden

[1]) Erbrecht, S. 250.

[2]) a. a. O. S. 105 ff.

muss, zu unterscheiden. Die Auskunft, die er uns gibt, kann daher auch nicht befriedigen. Bezüglich der ersteren, sagt er, könne der Wille in jeder Handlung gefunden werden, die, wenn sie der definitive Erbe vornähme, als tatsächliche oder juristische Ausübung seines Erbrechts erscheinen würde. Für die Frage, in welchen Handlungen der Annahmewille gefunden werden kann — eine im übrigen recht müssige Frage — ist die Antwort entschieden zu eng. Denn die Möglichkeit des Vorhandenseins des Willens ist ganz beliebigen Handlungen zu entnehmen, die gar nicht notwendig in Einwirkungen auf die Erbschaft zu bestehen brauchen. Die Behauptung, dass jemand seinen Annahmewillen stillschweigend kund gegeben habe, kann jederzeit auf Grund irgendwelcher Indizien aufgestellt werden, es kommt nur darauf an, ob auch für einen objektiven Beurteiler, z. B. den Richter, vor welchen die Angelegenheit gebracht wird, daraus die Überzeugung erwächst, dass der Wille des Erben auf Annahme gerichtet ist.

Andererseits meint Binder, wird man die Annahme notwendig nur in solchen Handlungen zu erblicken genötigt sein, welche die Möglichkeit des Handelns für andere ausschliessen z. B. bei Dereliktionen und solchen Verwaltungshandlungen, die nur auf der persönlichen Neigung des Handelnden beruhen. Hierbei ist allerdings richtig, dass es Handlungen gibt, welche durch ihre Beschaffenheit selbst schon geeignet sind, wenn sie von dem Erben vorgenommen werden, seinen Annahmewillen kund zu tun. Dass diese Handlungen gerade oft in einer Einwirkung auf den Nachlass bestehen werden, ist aber für die Frage der stillschweigenden Erbschaftsannahme durchaus zufällig und nebensächlich.

Leicht erledigen sich auch von unserem Standpunkte die Betrachtungen, welche Binder über die Verschiedenartigkeit der Einmischungshandlungen des heres necessarius und der pro herede gestio des heres voluntarius hinsichtlich ihres Erklärungswertes anstellt. Ohne weiteres ist zuzugeben, dass begrifflich den Handlungen, die jemand vornimmt, dem die Erbschaft nur deferiert ist, und desjenigen, den das Gesetz mit dem Erbfall bereits als Herrn der Erbschaft betrachtet, ganz andere Voraussetzungen zugrunde liegen. Was für den einen im Hinblick auf seine Erbenstellung lediglich als Ausfluss seiner rechtlichen Position gilt, kann für den Delaten vielleicht schon den Verlust seines Repudiationsrechts

herbeiführen. Praktisch kann aber im einzelnen Falle je nach den Umständen gerade das Gegenteil zutreffend sein. Irgend eine Bedeutung kann dem Unterschied schon deshalb nicht beigemessen werden, weil er lediglich auf einer gesetzlichen Konstruktion des Erbenverhältnisses beruht, die im römischen Recht, wenigstens in späterer Zeit, im Volksbewusstsein keine Wurzeln mehr hatte, und auch dem heutigen, nach heutigem bürgerlichen Recht lebenden Erben, ist es im Durchschnitt der Fälle sicherlich nicht bekannt, welchen Unterschied es ausmacht, ob er bereits wirklich Erbe ist, oder ob er nur zur Erbschaft berufen, erst durch seine Annahmeerklärung dieselbe erwerben würde. Auch die Römer haben praktisch eine Grenze zwischen immiscere und pro herede gerere nicht gezogen, wie aus l. 27 D. 29,2 [1]) hervorgeht. Wenn Binder daraus den römischen Juristen einen Vorwurf macht, so ist dieser ungerechtfertigt. Nicht auf dem objektiven Charakter der Handlung kann es ankommen — diesem Missverständnis suchen auch die Motive [2]) vorzubeugen —, sondern es ist allein entscheidend, ob aus der Handlung der Wille, Erbe zu sein, nach der Sachlage entnommen werden kann [3]).

---

[1]) Eum bonis patris se miscere convenit qui remoto familiae vinculo pro herede gerere videtur.

[2]) Motive V. S. 497.

[3]) S. Staudinger-Herzfelder, Anm. 1 zu § 1943.

Lebenslauf

Ich bin am 24. Dezember 1880 zu Glatz in Schlesien als Sohn des verstorbenen Kaufmanns Salomon Loewy geboren. Vom Jahre 1891 ab besuchte ich das Gymnasium meiner Heimatstadt, welches ich Ostern 1900 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Ich studierte hierauf Rechtswissenschaft an den Universitäten Breslau, Berlin, Freiburg i/Br. und bestand am 22. Juni 1903 die erste juristische Prüfung. Seitdem bin ich als Gerichtsreferendar im Vorbereitungsdienst am Kgl. Amtsgericht zu Mittelwalde i/Schl. beschäftigt gewesen. Am 17. April d. J. wurde ich dem Kgl. Landgericht zu Liegnitz überwiesen, wo ich noch gegenwärtig arbeite.

Allen meinen Lehrern, die mir auf meinem Studiengange ihre reiche Förderung zuteil werden liessen, insbesondere den Herren Professoren der juristischeu Fakultät zn Breslau, der ich die längste Zeit meines Universitätsstudiums als Schüler angehörte, sage ich an dieser Stelle meinen tiefsten, von Herzen kommenden Dank.

Liegnitz, im Juni 1904 Arthur Loewy, Referendar

Thesen

I

Das Prinzip der geometrischen Grundstücksteilung des BGB. hindert nicht die Entstehung von Miteigentum der Anlieger zweier benachbarter Grundstücke an einer gemeinsamen Grenzanlage.

II

Die Versäumung der Ausschlagungsfrist des § 1943 BGB. ist keine rechtsgeschäftliche Erbschaftsannahme.

III

Mit der scharfen Betonung des praesentare gegenüber dem concedere, conferre in c. 5 de jure patronatus III, 38, desgleichen c. 10 h. t und c. 31 h. t. verfolgen die Päpste im Interesse der hierarchischen Zentralisation der Kirche den Zweck, die Patronatsberechtigungen von ihrem entwicklungsgeschichtlichen Grunde als Ausflüsse eines ehemaligen grundherrlichen Eigentums an der Patronatskirche loszulösen und sie als blosse von der Kirche gewährte Begünstigungen hinzustellen.

H. Fleischmann, Breslau, Ohlauerstr. 8.